

Internasjonale konvensjoner innenfor arbeidsretten

Hva slags holdning har Høyesterett til de internasjonale konvensjonene innenfor arbeidsretten, og bør deres holdning eventuelt endres?

Kandidatnr: 425

Veileder: Henning Jakhell

Leveringsfrist: 25. november 2003

Til sammen 15 511 ord

24.11.2003

INNHOLDSFORTEGNELSE

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	PROBLEMSTILLING OG AVGRENSNING.....	1
1.2	RETTSKILDER	1
1.3	VEIEN VIDERE	1
1.4	TEORI	2
1.4.1	INTERNASJONALE KONVENSJONER	2
1.4.1.1	Gjennomføring av internasjonale konvensjoner i norsk rett	3
1.4.1.2	Internasjonale konvensjoner innenfor arbeidsretten	4
1.4.2	DUALISME	5
1.4.3	GRUNNLOVENS § 110 C	6
1.4.4	MENNESKERETTSLOVEN	9
1.4.5	PRESUMSJONSPRINSIPPET	10
1.4.6	FORRANG.....	11
1.4.7	PRØVELSESRETTEEN	13
<u>2</u>	<u>DOMMENE.....</u>	<u>16</u>
2.1	RT. 1997 S. 580	16
2.2	RT. 2001 S. 248	18
2.3	RT. 2001 S. 1413	19
2.4	SLEKTSKAP.....	19
<u>3</u>	<u>HØYESTERETTS HOLDNING TIL DE INTERNASJONALE KONVENSJONENE.....</u>	<u>21</u>
3.1	ILO-KONVENSJONENE.....	21
3.1.1	ILO-KONVENSJONENES GJENNOMFØRING I NORSK RETT.....	21
3.1.2	ILO-KONVENSJONENES RELEVANS	21
3.1.3	RELEVANSEN AV ILO-ORGANENES PRAKSIS	22
3.1.4	HØYESTERETTS HOLDNING TIL ILO-ORGANENES PRAKSIS	24

3.1.5	BETYDNINGEN AV DEN NORSKE STATS FORUTSETNINGER	25
3.1.6	HØYESTERETTS HOLDNING TIL DEN NORSKE STATS FORUTSETNINGER	28
3.1.7	HØYESTERETTS HOLDNING TIL ILO-KONVENSJONENE.....	30
3.1.8	ENDRING I HØYESTERETTS HOLDNING?.....	34
3.2	DEN EUROPEISKE SOSIALPAKTEN.....	35
3.2.1	HØYESTERETTS BRUK AV DEN EUROPEISKE SOSIALPAKTEN	35
3.2.2	HØYESTERETTS HOLDNING TIL UTTALELSER FRA EUROPARÅDETS ORGANER	36
3.3	EF-DOMSTOLENS PRAKSIS	39
3.3.1	HVILKEN RELEVANS OG VEKT HAR PRAKSIS FRA EF-DOMSTOLEN.....	39
3.3.2	HØYESTERETTS HOLDNING TIL PRAKSIS FRA EF-DOMSTOLEN	40
3.4	EFTA-DOMSTOLENS UTTALELSER.....	41
3.4.1	HVILKEN RELEVANS OG VEKT HAR EFTA-DOMSTOLENS UTTALELSER	41
3.4.2	HØYESTERETTS HOLDNING TIL EFTA-DOMSTOLENS UTTALELSER.....	42
3.5	ANDRE LANDS RETTSPRAKSIS	44
3.5.1	HVILKEN RELEVANS HAR RETTSPRAKSIS FRA ANDRE LAND.....	44
3.5.2	HØYESTERETTS HOLDNING TIL RETTSPRAKSIS FRA DEN SVENSKKE ARBETSDOMSTOLEN	46
<u>4</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>48</u>
4.1	OPPSUMMERING AV HØYESTERETTS HOLDNING	48
4.1.1	KONSEKVENSER AV HØYESTERETTS HOLDNING	50
4.2	HVORDAN BØR HØYESTERETTS HOLDNING TIL DE INTERNASJONALE KONVENSJONENE VÆRE?.....	51
4.2.1	DEN NORSKE STATS PLIKT TIL Å OVERHOLDE DE INTERNASJONALE KONVENSJONENE.....	51
4.2.2	DEN NORSKE STATS ØNSKE OM Å OVERHOLDE DE INTERNASJONALE KONVENSJONENE.....	52
4.2.3	HØYESTERETTS IDEELLE HOLDNING TIL DE INTERNASJONALE KONVENSJONENE.....	53
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>55</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling og avgrensning

Tema for denne avhandlingen er de internasjonale konvensjonene innenfor arbeidsretten. Problemstillingen for denne avhandlingen er hva slags holdning Høyesterett har til de internasjonale konvensjonene innenfor arbeidsretten, og om deres holdning eventuelt bør endres.

Avhandlingen avgrenses mot andre domstolars, som for eksempel underrettenes og Arbeidsrettens, holdning til de internasjonale konvensjonene innenfor arbeidsretten. Deres holdning vil i stor grad påvirkes av og avspeile Høyesteretts holdning.

1.2 Rettskilder

Avhandlingen sentrerer omkring Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene innenfor arbeidsretten, basert på en gjennomgang av tre høyesterettsdommer. Betegnelsen på disse tre dommene er Rt. 1997 s. 580, Rt. 2001 s. 248 og Rt. 2001 s. 1413. Dommene er i et rettskildemessig perspektiv relativt nylig avsagt, og de må kunne sies å være representative for Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene i dette tidsrommet.

Det blir i kun mindre grad vist til forarbeider i avhandlingen. De viktigste er imidlertid NOU 1993:18, Lovgivning om menneskerettigheter og Ot.prp. nr. 3 (1998-99), om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk lov (menneskerettsloven).

1.3 Veien videre

Først gjennomgås en del teoretiske termer som det er nødvendig med kjennskap til, for å sikre en best mulig forståelse av avhandlingen. Deretter skal jeg kommentere og vurdere Høyesteretts holdning til de ulike arbeidsrettslige konvensjonene, basert på en gjennomgang

av de tre nevnte høyesterettsdommene. Til slutt reises spørsmålet om Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene har vært i utvikling og om deres holdning eventuelt bør endres.

1.4 Teori

1.4.1 Internasjonale konvensjoner

En av de viktigste rettskildefaktorene¹ innenfor folkeretten er traktatene. En traktat er en folkerettslig avtale mellom to eller flere stater. Disse betegnes som bilaterale traktater. Folkerettslige avtaler som er inngått mellom et stort antall stater betegnes ofte som multilaterale traktater. En annen betegnelse på disse multilaterale traktatene er konvensjoner.

Inngåelse av bilaterale og multilaterale traktater skjer i to faser. Først blir avtalen underskrevet ved avslutning av forhandlingene. Deretter må avtalen for å bli bindende godkjennes av statsoverhodet. En slik godkjennelse kalles for en ratifikasjon. Det følger av Grunnloven av 17. mai 1814 § 26 at regjeringen gis myndighet til å slutte traktater. Traktater av særlig viktighet og traktater som nødvendiggjør ny lov eller stortingsbeslutning, må godkjennes av Stortinget for å bli bindende.²

Innenfor den alminnelige folkeretten vil det være de internstatlige eller mellomstatlige forbindelsene som står i fokus for traktatene. Traktatene regulerer forholdet mellom statene. Dette skiller seg fra det som gjelder for menneskerettighetene. Disse utgjør en viktig del av folkeretten, men skiller seg fra den alminnelige folkeretten på flere punkter. Menneskerettighetene regulerer forholdet mellom stat og individ. De skal beskytte borgernes rettigheter mot overgrep fra staten. Menneskerettighetene gir på denne måten individet rettigheter som korresponderer med tilsvarende begrensning i statens makt.

¹ Faktorer som dommere og andre rettsanvendere legger vekt på når de skal avgjøre rettsspørsmål.

² Grunnlovens § 26 annet ledd.

Menneskerettighetskonvensjoner har både et globalt og et regionalt grunnlag. Som et eksempel på det første nevnes FN-konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen vil være et eksempel på en regional menneskerettighetskonvensjon.

1.4.1.1 Gjennomføring av internasjonale konvensjoner i norsk rett

En ratifiserende stat plikter å overholde bestemmelsene i den ratifiserte konvensjonen. Staten må derfor vurdere konvensjonens forhold til landets interne rett. Tilpasning til norsk lovgivning kan skje på flere måter. Dersom de folkerettslige reglene skal gjelde på lik linje med nasjonale regler, kreves det en særskilt gjennomføringsakt. Med dette menes et nasjonalt vedtak, som regel lovvedtak, som gjennom inkorporasjon (henvisning) eller transformasjon (gjengivelse i nasjonal språkdrakt) gjør de folkerettslige reglene til nasjonale regler. Den vanligste tilpasningen til norsk lovgivning skjer imidlertid ved konstatering av rettsharmoni, det vil si at det konstateres at norsk rett allerede er i overensstemmelse med konvensjonens krav, og at det derfor ikke er nødvendig med lovendring.

Uavhengig av hvilken tilpasning som blir benyttet kan det være nødvendig å oppheve motstridende lovbestemmelser, endre andre lover eller ta forbehold mot enkelte konvensjonsbestemmelser, dersom konvensjonen gir adgang til det.

Det er ytterst sjeldent at konvensjonene selv gir uttrykk for hvorledes konvensjonsforpliktelsene skal innarbeides i intern rett. Heller ikke den folkerettslige sedvanerett³ stiller krav til hvordan bestemmelsene skal innarbeide. Det som betyr noe, er at konvensjonene oppfylles i god tro.⁴ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har imidlertid uttalt at inkorporering av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, i den nasjonale lovgivningen, er en særlig lojal måte å gjennomføre konvensjonen på.⁵

³ Rettsregler som dannes ved at bestemte handlingsmønstre (sedvaner) følges over så lang tid at de etter hvert blir oppfattet som rettslig forpliktende.

⁴ Jfr. Wienkonvensjonen artikkel 26.

⁵ Jfr. dom Eire mot Storbritannia, Serie A nr. 25 punkt 239.

1.4.1.2 Internasjonale konvensjoner innenfor arbeidsretten

For å kunne kommentere og vurdere Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene innenfor arbeidsretten, må det reises spørsmål om hvilke konvensjoner den norske stat er forpliktet av.

Den norske stat er bundet av flere konvensjoner med relevans innenfor arbeidsretten. Noen av disse konvensjonene har kun bestemmelser med arbeidsrettslig relevans, mens andre igjen kun har enkelte bestemmelser med relevans innenfor arbeidsretten.

Noen av de mest sentrale konvensjonene innenfor arbeidsretten er de mange ILO-konvensjonene. Disse er utarbeidet av Den internasjonale arbeidsorganisasjon,⁶ heretter ILO. ILO er en særorganisasjon innenfor FN, som har arbeidslivet og sosialpolitikken som sitt arbeidsområde. Organisasjonen ble opprettet i 1919 som en del av Folkeforbundet. En av ILOs viktigste oppgaver er å utforme og vedta minstestandarder i form av konvensjoner og rekommandasjoner.⁷ Organet har en spesiell treparts struktur. Representanter fra arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjoner og staten representerer sine respektive land. Den norske stat har ratifisert en rekke ILO-konvensjoner.

En annen internasjonal konvensjon som inneholder enkelte arbeidsrettslige bestemmelser, er FN-konvensjonen om økonomiske sosiale og kulturelle rettigheter,⁸ heretter ØSK. Den ble vedtatt av FNs generalforsamling den 16. desember 1966 og trådte i kraft den 3. desember 1975. Den er bindende for Norge og 105 andre stater.

Videre inneholder Den europeiske sosialpakten,⁹ heretter ESP, også enkelte arbeidsrettslige bestemmelser. Konvensjonen ble vedtatt den 18. oktober 1961. ESP er en av Europarådets¹⁰

⁶ International Labour Organization.

⁷ Anbefalinger til de enkelte land om hvilke regler som bør legges til grunn i de nasjonale regler.

⁸ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

⁹ The European Social Charter.

konvensjoner, og kan bare tiltres av dets medlemmer. Norge ratifiserte konvensjonen i 1962. 20 stater er bundet av den.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen,¹¹ heretter EMK, inneholder også enkelte bestemmelser som har interesse innenfor arbeidsretten. Også denne konvensjonen er utarbeidet av Europarådet. Den ble vedtatt den 4. november 1950 og trådte i kraft 1953. Norge forpliktet seg til den i 1952.

1.4.2 Dualisme

Som nevnt utgjør menneskerettighetene en del av folkeretten.

Menneskerettighetskonvensjoners stilling i norsk rett utgjør derfor en del av spørsmålet om folkerettens stilling i norsk rett. Forholdet mellom norsk rett og folkerett bygger på det dualistiske prinsipp. Samtlige nordiske stater har en forfatning som bygger på det dualistiske prinsipp. I følge dette prinsippet utgjør folkeretten og den interne retten to forskjellige og atskilte rettssystemer. Dette medfører at de folkerettslige bestemmelsene må vedtas særskilt, dersom de skal bli gjeldende norsk rett. For at en internasjonal konvensjon skal bli gjeldende norsk rett, må den med andre ord gjennomføres ved inkorporasjon eller transformasjon.

Motsetningen til det dualistiske prinsipp er det monistiske. I monistiske stater¹² vil de folkerettslige reglene uten videre gjelde på lik linje med den nasjonale retten. Det er derfor ikke nødvendig med noen særskilt gjennomføring av konvensjonene ved inkorporasjon eller transformasjon.

Den norske stat har tidligere vurdert om det monistiske prinsipp bør innføres i Norge. I 1972 ble det av mindretallet i det offentlig oppnevnte utvalg ”Transformasjonskomiteen” foreslått

¹⁰ Council of Europe, Europeisk samarbeidsorgan som har til formål å arbeide for større enhet mellom medlemslandene i den hensikt å ta vare på og realisere de idealene og prinsippene som er deres felles arv, samt fremme medlemslandenes økonomiske og sosiale utvikling.

¹¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

¹² For eksempel Frankrike og Nederland.

at Norge ved grunnlovsendring burde innføre monisme.¹³ Det samme ble forslått av mindretallet i ”Menneskerettighetsutvalget” i 1993.¹⁴ Regjering og Storting var i begge tilfellene negative til innføring av det monistiske prinsipp.

På enkelte områder er en form for monisme etablert i norsk lovgivning i form av henvisninger til folkeretten.¹⁵ Det fremgår av disse bestemmelsene at ”loven gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”. Sett bort fra dette er folkeretten formelt sett ikke en del av norsk rett, og den skaper derfor ikke umiddelbare rettigheter eller forpliktelser for norske borgere.

1.4.3 Grunnlovens § 110 c

Den 30. januar 1989 traff regjeringen et prinsippvedtak om at de internasjonale menneskerettigheter skulle innarbeides i norsk lov.¹⁶ Samtidig ble det besluttet at det skulle nedsettes et menneskerettighetsutvalg. Dette fikk i oppdrag å utrede gjennomføringen. Utvalget skulle fremme forslag til reformer i grunnlov eller lov. Utvalget ble oppnevnt av Justisdepartementet i september 1989. Utvalgets utredning, ”Lovgivning om menneskerettigheter”, ble avgitt i mai 1993.¹⁷

Utvalgets primære forslag til grunnlovsbestemmelse ble vedtatt av Stortinget den 15. juni 1994. Bestemmelsen ble plassert i grunnlovens kapittel E. ”Almindelige Bestemmelser”, § 110 c. Bestemmelsen lyder som følgende: ”det paaligger Statens Myndigheder å respektere og sikre menneskerettighederne. Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov”.

¹³ NOU 1972:16.

¹⁴ NOU 1993:18.

¹⁵ Se for eksempel straffeprosessloven av 22. mai 1981 nr. 25 § 4 og tvistemålsloven av 13. aug. 1915 nr. 6 § 36a.

¹⁶ Ot.prp. nr. 3 (1998-99) kap. 2.1.

¹⁷ NOU 1993:18.

Grunnlovens § 110 c første ledd oppstiller en plikt for ”Statens Myndigheter” til å respektere og sikre menneskerettighetene. Etter forarbeidene retter bestemmelsen seg mot statens myndigheter i videste forstand. Det vil si at både Stortinget, regjeringen, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, andre forvaltningsorganer og domstolene omfattes.¹⁸

Det er i juridisk teori¹⁹ hevdet to forskjellige tolkningsvarianter av Grunnlovens § 110 c. For det første blir det hevdet at bestemmelsens første og andre ledd må ses i sammenheng. De utgjør på denne måten integrerte deler av bestemmelsen. Det vil være en nær sammenheng mellom plikten til å respektere og sikre menneskerettighetene som følger av første ledd, og gjennomføringen som følger av andre ledd. Denne forståelsen medfører at menneskerettighetene blir prinsipielt anerkjente, men det ligger en modifisering i denne anerkjennelsen; menneskerettighetene strekker seg ikke lenger enn det som følger av lovgivningen. Det må derfor fremgå av lov dersom menneskerettighetene skal komme i en annen stilling enn den de har etter de alminnelige ulovfestete prinsipper om forholdet mellom norsk rett og folkerett. Dette vil få betydning der menneskerettighetene eventuelt er i motstrid med norsk lov. Dersom det ikke er gitt lovbestemmelse om gjennomføring av menneskerettighetene, altså ved transformasjon eller inkorporasjon, må den norske loven legges til grunn.

For det annet er det hevdet at første og annet ledd i Grunnlovens § 110 c må anses som selvstendige bestemmelser, og dermed som innbyrdes uavhengige av hverandre. Etter denne tolkningen medfører første ledd at menneskerettighetene under enhver omstendighet skal respekteres og sikres. Lovgivning i strid med menneskerettighetene vil dermed være i strid med Grunnloven. Første ledd anses altså som en materiell bestemmelse, med selvstendig betydning. Annet ledd retter seg i første rekke mot den lovgivende myndighet som oppfordres til å vurdere om det er nødvendig eller ønskelig å innarbeide menneskerettighetene i norsk lovgivning. Bestemmelsen inneholder ingen plikt til å innarbeide menneskerettighetene, men

¹⁸ NOU 1993:18 side 159-160.

¹⁹ Se Henning Jakhelln, Menneskerettighetene, Grunnlovens § 110 c og arbeidsretten.

angir hvorledes gjennomføringen eventuelt skal skje, ved lov. Denne andre tolkningsvarianten har møtt motstand i juridisk teori.²⁰

Ordlyden i Grunnlovens § 110 c gir ikke holdepunkt for hvilket tolkningsalternativ som skal legges til grunn. Bestemmelsens formål vil være av avgjørende betydning for hvilken forståelse som skal legges til grunn som den gjeldende. Det var fra myndighetenes side et ønske om at Grunnlovens § 110 c skulle effektivisere og rette fokus mot menneskerettighetsvernet, og at menneskerettighetene skulle få en ny status og større vekt. Menneskerettighetene vil få et klart sterkere vern dersom den andre tolkningsvarianten legges til grunn.

Dersom det andre tolkningsalternativet legges til grunn må det reises spørsmål om det er i tråd med det dualistiske prinsipp. Selv om dette tolkningsalternativet trekker klart i retning av å etablere det monistiske prinsipp på menneskerettighetenes område, må det være klart at det dualistiske prinsipp fortsatt vil gjelde som utgangspunkt.

I Rt. 1997 s. 580 var spørsmålet om menneskerettighetenes stilling i norsk rett av sentral betydning. Grunnlovens § 110 c ble her tolket i et obiter dictum.²¹ Høyesterett la til grunn at dersom det oppstår en konfliktsituasjon med norsk rett, så må den menneskerettslige bestemmelsen som hovedregel vike. Høyesterett ga den norske reglen uttrykkelig forrang. Høyesterett tolket her Grunnlovens § 110 c slik at det forutsettes en gjennomføring av menneskerettighetene ved lov. Høyesterett la altså til grunn den første tolkningsvarianten. Dette vil være et viktig moment for å tolke bestemmelsen på denne måten. På den annen side oppnår ikke denne tolkningsvarianten at menneskerettighetsvernet effektiviseres slik myndighetene ønsket det. Til tross for manglende effektivisering, velger jeg å legge til grunn den tolkningsvarianten som Høyesterett ga uttrykk for i Rt. 1997 s. 580.

²⁰ Se for eksempel Fleischer, Folkerett s. 350 flg.

²¹ Uttalelse i en rettsavgjørelse som ikke er nødvendig for å begrunne resultatet i saken. Uttalelser som blir gitt i slike obiter dictum får derfor redusert vekt i forhold til uttalelser som blir avgitt som en del av den drøftelsen som fører frem til resultatet. Dette skyldes at uttalelse avgitt i obiter dictum ikke alltid er like godt gjennomtenkte som de domsgrunnene som leder til resultatet.

1.4.4 Menneskerettsloven

Det oppnevnte menneskerettsutvalget foreslo også en lov om inkorporasjon av menneskerettighetskonvensjoner i henhold til grunnlovsbestemmelsens annet ledd.²² På bakgrunn av dette forslaget fremmet regjeringen i 1998 forslag til lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.²³ Justiskomiteens innstilling²⁴ fulgte departementets forslag. Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)²⁵ ble vedtatt i Stortinget i april 1999.

Loven inkorporerte tre sentrale menneskerettighetskonvensjoner til norsk lov. Dette var Europarådets konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter med tillegg av nærmere angitte protokoller (EMK), ØSK og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, heretter SP. I 2003 ble FNs barnekonvensjon inkorporert i norsk lov gjennom menneskerettsloven.²⁶ Det er foreslått å innarbeide FNs kvinnekonvensjon, FNs rasediskrimineringskonvensjon og FNs torturkonvensjon,²⁷ disse forslagene er for tiden til offentlig høring. De inkorporerte konvensjonene er på denne måten gjort til norsk lov. Menneskerettighetene som er beskyttet i disse konvensjonene har dermed fått en styrket posisjon i norsk rett. Det har ikke tidligere forekommet at menneskerettighetskonvensjoner er gjennomført i norsk lovgivning, ved inkorporasjon eller transformasjon.

Det fremgår av menneskerettsloven § 3 at dersom det skulle oppstå motstrid mellom annen norsk lov og konvensjonene, skal konvensjonene gis forrang. Denne forrangs bestemmelsen er domstolene bundet av. Lovgivende myndigheter kan imidlertid i fremtiden fravike denne

²² NOU 1993:18.

²³ Ot.prp. nr. 3 (1998-99).

²⁴ Innst.O. nr. 51 (1998-99).

²⁵ Lov av 21. mai 1999 nr.30.

²⁶ Ot.prp. nr. 45 (2002-03)

²⁷ St.meld. nr. 21 (1999-2000).

bestemmelsen. Dette kan skje ved at de vedtar en ny lov som fraviker forrangsprinsippet. Dette følger av lex-posterior prinsippet.²⁸

De inkorporerte konvensjonene har som nevnt fått en styrket stilling i norsk rett. Menneskerettsloven vil imidlertid også ha en viss betydning for de konvensjonene som ikke ble inkorporert. Formålet med loven er å ”styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett”. Det fremgår av forarbeidene²⁹ at flertallsformen ”menneskerettighetenes” er benyttet blant annet for å understreke at også menneskerettighetskonvensjoner som ikke blir inkorporert, fremdeles skal anses som tungtveiende rettskilder. Disse får i og med menneskerettsloven ikke noen formell styrket posisjon i norsk rett, men opprettelsen av loven vil være med på å rette fokus på viktigheten av å beskytte menneskerettighetene, uavhengig av om konvensjonene er inkorporert i norsk rett eller ikke.

1.4.5 Presumsjonsprinsippet

På bakgrunn av det dualistiske prinsipp vil konvensjoner som verken er inkorporerte eller transformerte til norsk rett, ha sin relevans i kraft av presumsjonsprinsippet. Dette prinsippet går ut på at norsk rett presumeres å være i overensstemmelse med folkeretten. Domstolene vil på dette grunnlag forsøke å tolke de norske lovbestemmelsene innskrenkende, slik at de ikke kommer i strid med de folkerettslige forpliktelsene.

Det kan reises spørsmål om domstolene i praksis anvender presumsjonsprinsippet slik at det er folkeretten som presumeres å være i overensstemmelse med norsk rett og ikke omvendt. I Rt. 1997 s. 580 kan man få inntrykk av at Høyesterett prøver å tilpasse de folkerettslige bestemmelsene til den norske retten, slik at det ikke oppstår en konflikt situasjon mellom de folkerettslige bestemmelsene og den interne retten. Selv om man kan få dette inntrykket av Høyesterett, må det legges til grunn at de anvender prinsippet slik teorien foreskriver og at de ikke lager sin egen versjon av prinsippet.

²⁸ Prinsipp som går ut på at yngre rettsregler går foran eldre regler dersom det er motstrid mellom reglene.

²⁹ Ot.prp. nr. 3 (1998-99) kap. 12.

Det er i juridisk teori³⁰ hevdet at presumsjonsprinsippet som alminnelig prinsipp kun får anvendelse i forhold til folkerettens alminnelige regler. Med folkerettens alminnelige regler menes den delen av folkeretten som er bindende for alle stater uten noen særskilt vedtakelse. Det medfører at traktater og konvensjoner ikke utgjør en del av folkerettens alminnelige regler, og at disse dermed ikke kan medføre noen innskrenkende fortolkning av de interne rettsreglene. Det følger imidlertid av nyere juridisk teori³¹ at presumsjonsprinsippet også får anvendelse ovenfor traktater og konvensjoner og da spesielt menneskerettighetskonvensjoner. Det argumenteres i den sammenheng med at slike konvensjoner anses som uttrykk for alminnelig folkerett, eller som et uttrykk for reelle hensyn. Dette vil særlig gjelde traktater som har fått tilslutning fra mange land.

1.4.6 Forrang

I de fleste tilfeller vil en anvendelse av presumsjonsprinsippet medføre at en eventuell kollisjon mellom den interne retten og konvensjonen forhindres. Dersom en slik harmoniserende tolkning av bestemmelsene ikke lar seg gjennomføre, blir spørsmålet hvilken av de to rettskildene domstolene skal gi fortrinn.

Ut i fra et folkerettslig synspunkt er det klart at konvensjonene, herunder menneskerettighetskonvensjonene, alltid har forrang fremfor nasjonal rett. Dette fordi norske myndigheter ved å ratifisere konvensjonene påtar seg en plikt til å sikre at nasjonal lovgivning er i samsvar med de folkerettslige forpliktelsene. Ratifikasjonen innebærer også en plikt til å unngå at eventuelle senere lovendringer kommer i konflikt med de folkerettslige forpliktelsene.

Ut i fra et intern rettslig synspunkt er det i juridisk teori³² blitt hevdet at norsk rett skal gis forrang. Dette følger av det dualistiske prinsipp. I nyere tider er imidlertid teorien om at norsk rett skal gis forrang blitt modifisert. Allerede så tidlig som i 1964 ble det hevdet³³ at

³⁰ Se Fleischer, Folkerett s. 330.

³¹ Se for eksempel Ruud, Innføring i Folkerett s. 44.

³² Se for eksempel Fleischer, Folkerett s. 328.

³³ Se Vislie, Høyesterett og menneskerettighetene s. 22.

menneskerettighetskonvensjoner som Norge er bundet av, burde gjennomføres av norske domstoler, om nødvendig i strid med norsk lov. I følge dette gis altså menneskerettighetskonvensjoner forrang på bekostning av den interne retten.

Domstolene har i ettertid ikke tilstrekkelig fulgt opp det som ble hevdet i 1964. Blant annet har Høyesterett oppstilt et "klarhetskrav" som betingelse for at de folkerettslige bestemmelsene skal gå foran de norske bestemmelsene ved eventuell motstrid. Dette klarhetskravet ble første gang introdusert av Høyesterett i Rt. 1994 s. 610 Bølgepappdommen. En av hovedproblemstillingene i saken gjaldt forståelsen og gjennomslaget av forbudet mot selvinkriminering i SP artikkel 14 (3) og et tilsvarende forbud i EMK art. 6 nr. 1, i forhold til norsk straffeprosessregler. Utgangspunktet i dommen var straffeprosessloven § 4. I følge denne bestemmelsen skal straffeprosesslovens bestemmelser gjelde "med de begrensinger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overensstemmelse med fremmed stat". Som tidligere nevnt kan straffeprosessloven § 4 ses på som et utslag av monismen.

Så vidt jeg kan se fremtrer straffeprosessloven § 4 etter sin ordlyd som en sterk forpliktelse til å gi de folkerettslige forpliktelsene gjennomslag. Høyesterett gir i Rt. 1994 s.610 imidlertid de folkerettslige forpliktelsene ikke ubetinget gjennomslag. Det oppstilles et klarhetskrav som vilkår for at den folkerettslige forpliktelsen skal få forrang. Førstvoterende uttaler med tilslutning fra de øvrige dommerne: " for at den norske domstol skal ha grunnlag for å fravike det som følger av nasjonale prosessregler, må den avvikende regel som kan bygges på folkerettslige kilder, fremtre som tilstrekkelig klar og entydig til at den bør tillegges slik virkning. Særlig må dette gjelde, antar jeg, dersom det blir tale om å endre en rettsstilstand som bygger på en klar og innarbeidet norsk lovgivning eller praksis".

Denne klarhetsdoktrinen ble noe modifisert i Bøhlerdommen i Rt. 2002 s. 966. Bøhlerdommen omhandlet et tilfelle der det var motstrid mellom EMK art. 6 nr.1 og en bestemmelse om tilleggsskatt. Bøhlerdommen oppstilte et krav om "rimelig klarhet" for at den folkerettslige reglen skulle få forrang.

Det er viktig å være klar over at Bølgepappdommen ble avsagt før Menneskerettsloven av 1999. Mens Bøhlerdommen ble avsagt etter. Menneskerettsloven § 3 inneholder en bestemmelse om at de inkorporerte folkerettsreglene skal gå foran annen lovgivning ved motstrid. Dette kan være noe av bakgrunnen for at klarhetskravet som ble oppstilt i Bølgepappdommen modereres i Bøhlerdommen.

I Rt. 1997 s. 580 tar Høyesterett på nytt stilling til forholdet mellom intern rett og folkerett, dersom det foreligger motstrid mellom disse. Høyesterett trekker her ikke inn ”klarhetskravet” fra Rt. 1994 s. 610. I et obiter dictum konkluderer de i stedet med at den norske reglen ubetinget skal gis forrang.

1.4.7 Prøvelsesretten

Menneskerettsutvalget presiserer³⁴ at den foreslåtte bestemmelsen i Grunnlovens § 110 c vil, dersom den blir vedtatt, utgjøre en del av vår forfatning og dermed omfattes av domstolenes prøvelsesrett. Uttalelsen kan tyde på at bestemmelsen i Grunnlovens § 110 c første ledd kan håndheves som en skranke for lovgivningen. Utvalget nevner om prøvelsesrettens intensitet at ”bestemmelsen er imidlertid generelt og skjønnsmessig utformet og gir betydelig spillerom for myndighetenes eget skjønn. De enkelte ”konvensjonene vil gi mer konkrete utgangspunkter for prøvelsen i den enkelte sak”.

Med domstolenes prøvelsesrett menes deres adgang til å prøve om en lov eller lovbestemmelse er i strid med Grunnloven. Med domstolene menes her både Høyesterett og de underordnede domstolene. I enkelte land er prøvelsen av lovers grunnlovsmessighet lagt til egne forfatningsdomstoler. Hos oss er prøvelsesretten ikke direkte forankret i grunnlov eller lov, men forutsatt i plenumslovens § 2 der det er bestemt at denne type saker må avgjøres av Høyesterett i plenum. Det er i Norge langvarig og sikker praksis for at domstolene har en slik prøvelsesrett. Prøvelsesretten regnes som konstitusjonell sedvanerett.³⁵

³⁴ NOU 1993:18

³⁵ Se Andenæs, Statsforfatning s. 288.

I kapittel 1.4.4 ble det lagt til grunn at domstolene er bundet av det lovgivende myndighet har vedtatt ved lov. Dette utsagnet må modifiseres i kraft av domstolenes prøvelsesrett. I kraft av dette prinsippet vil domstolene ikke være bundet av Stortingets lovgivende mening der denne viser seg å være i strid med Grunnloven. På bakgrunn av prøvelsesretten vil domstolene derfor være berettigete til å sette loven til side der denne er stridende mot Grunnloven.

Prinsippet bak prøvelsesretten kan forklares med at domstolene har til oppgave å anvende både lov og Grunnlov. I en eventuell konfliktsituasjon, må de gi Grunnloven forrang som den høyeste rettskilde. Prøvelsesretten har på denne måte nær tilknytning til lex-superior prinsippet. Dette prinsippet angår rettsreglenes trinnhøyde, rettsregler av høyere rang går foran rettsregler av lavere rang dersom det er motstrid mellom disse. Grunnloven er den høyeste norm i vårt hierarkisk oppbygde rettssystem.

At domstolene kan sette loven til side er ikke betinget av at lovgiver bevisst har satt seg ut over Grunnloven. Oftest vil tilfellet være at lovgiver har ansett loven for å være i overensstemmelse med Grunnloven, eller at lovgiver ikke har tenkt over forholdet til Grunnloven. I juridisk teori³⁶ er det lagt til grunn at der lovgiver har tatt stilling til lovens forhold til Grunnloven, skal dette tillegges en viss vekt der domstolene vurderer lovenes grunnlovsmessighet. I den forbindelse ble det i Rt. 1976 s. 1 uttalt en distinksjon mellom grunnlovsbestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet og rettigheter og grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter. I forhold til enkeltmenneskets personlige frihet og rettigheter uttalte førstvoterende at "Grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig". I forhold til de økonomiske rettighetenes grunnlovsværn, la førstvoterende til grunn at Stortingets oppfatning av lovens forhold til Grunnloven klart måtte spille en sentral rolle for domstolene.

Førstvoterende uttalte videre at domstolene måtte vise varsomhet med å sette sin vurdering over lovgivers. Førstvoterende avslutter med at han vil "vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfelle hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven. Men skal prøvelsesretten ha noe

³⁶ Se Andenæs, Statsforfatning s. 291.

realitet, må domstolene benytte den der de finner det hevet over rimelig tvil at loven vil føre til resultater som er i strid med Grunnloven”. Dersom det foreligger rimelig tvil om Grunnlovens forståelse, skal tvilen komme loven til gode. Dersom det ikke foreligger slik rimelig tvil, må loven vike for Grunnloven. Disse uttalelsene til førstvoterende, som angår den vekt domstolene skal tillegge Stortingets vurderinger, bygger på den forutsetning om at ”Stortinget har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med Grunnloven”.

I enkelte dommer er muligheten åpnet³⁷ for at domstolene skal kunne underkjenne lover som ikke strider mot noe bestemt grunnlovsbud, men som stridende mot Grunnlovens ”ånd og prinsipper”. I Rt. 1997 s. 580 hevdet saksøker at lov var stridende mot ”alminnelige prinsipper av grunnlovsmessig karakter”.

Den form for prøvelsesrett som her er skissert, kan sies å være uttrykk for prøvelsesretten i sin alminnelighet, og utledes av Grunnlovens regler. Prøvelsesretten kan imidlertid også utledes av grunnleggende folkerettslige prinsipper blant annet EMK. Det kan for eksempel være aktuelt for domstolene å prøve om lovgivningen er i overensstemmelse med internasjonale konvensjoner som Norge er forpliktet av. Denne form for prøvelsesrett belyses i Rt. 1997 s. 580.

³⁷ Se Lov og Rett 1997 s 577-580.

2 Dommene

Avhandlingen bygger som nevnt på Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene innenfor arbeidsretten, slik den fremkommer i tre høyesterettsdommer. Det er derfor nødvendig å foreta en kort gjennomgang av disse dommenes fakta og rettslige grunnlag.

2.1 Rt. 1997 s. 580

I Rt. 1997 s. 580 forhandlet Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) og Oljeindustriens landsforening (OLF) med Oljearbeidernes Fellessammenslutning (OFS) og Norges Arbeidslederforbund om ny tariffavtale.³⁸ Forhandlingene ble brutt uten noe resultat. OFS varslet i den forbindelse plassoppsigelse³⁹ for 106 av sine medlemmer på Gydaplattformen. OLF varslet lockout⁴⁰ for 3600 medlemmer av OFS. Kommunal og arbeidsministeren grep inn i konflikten og regjeringen vedtok i den forbindelse provisorisk anordning⁴¹ om tvungen lønnsnemnds⁴² behandling. Den provisoriske anordningen forbød bruk av arbeidsstans til løsning av tvistene. OFS saksøkte staten ved Kommunal og arbeidsdepartementet med den begrunnelse at den provisoriske anordningen var ugyldig.

Byretten frifant staten. Saken ble gitt tillatelse av Høyesteretts kjæremål til direkte anke til Høyesterett.⁴³ Høyesterett fant det klart at anken ikke kunne føre frem. OFS valgte å bringe saken inn for Den europeiske menneskerettighetsdomstol,⁴⁴ heretter EMD. Saken ble av EMD nektet opptak.⁴⁵

³⁸ Avtale om arbeids- og lønnsvilkår eller andre arbeidsforhold mellom en fagforening og en arbeidsgiver eller arbeidsgiverforening, jfr. Lov om arbeidstvister (arbeidstvistloven) av 5. mai 1927 nr. 1 § 1 nr. 8.

³⁹ Arbeidsgiverens oppsigelse av arbeidere i den hensikt å iverksette streik, jfr. arbeidstvistloven § 1 nr. 7.

⁴⁰ Hel eller delvis arbeidsstans som en arbeidsgiver iverksetter for å tvinge frem en løsning av tvist mellom ham selv, en annen arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening på den ene siden og en fagforening på den annen, jfr. arbeidstvistloven § 1 nr. 6.

⁴¹ Midlertidig bestemmelse av lovs karakter, vedtatt av regjering med hjemmel i Grunnlovens § 17.

⁴² Avgjørelse av arbeidsrettslig tvist ved Rikslønnsnemnda uten at partene er enige i det.

⁴³ Jfr. tvistemålsloven § 6 annet ledd.

⁴⁴ European Court of Human Rights.

⁴⁵ Federation of offshore workers' trade unions and others v. Norway. 38190/97.

Stortingets anvendelse av tvungen lønnsnemnd medfører at arbeidstakernes fagforeninger fratas den makten de har til å benytte streik i en arbeidskamp. Det skjer dermed et skifte i maktbruk fra fagforeningene til Storting. På bakgrunn av de negative konsekvenser dette medfører for fagforeningene, er det ønskelig at Stortinget er restriktive i sin bruk av tvungen lønnsnemnd.

OFS anførte primært at den provisoriske anordningen var i strid med alminnelige rettsprinsipper av grunnlovsmessig karakter. Subsidiært anførte de at streikeforbudet var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser. Som folkerettslige forpliktelser anførte OFS først og fremst ILO-konvensjon nr. 87 og nr. 98. ILO-konvensjon nr. 87 verner foreningsfriheten og organisasjonsretten, mens ILO-konvensjon nr. 98 omhandler gjennomføring av prinsippene for organisasjonsretten og retten til å føre kollektive forhandlinger. For å klargjøre meningsinnholdet til ILO-konvensjon nr. 87 og nr. 98, tolker og anvender Høyesterett den praksisen som ILO-organene opp igjennom tidene har utviklet omkring de to konvensjonenes forståelse.

Før jeg går nærmere inn på Høyesteretts holdning til denne praksisen skal jeg kort skissere innholdet av praksisen. Komiteen for organisasjonsfrihet⁴⁶ la til grunn i 1952 at ILO-konvensjon nr. 87 implisitt anerkjenner og beskytter retten til streik som en fundamental del av organisasjonsfriheten og den kollektive forhandlingsretten. Denne oppfatningen har også Ekspertkomiteen⁴⁷ sluttet seg til. I tillegg til dette har ILOs organer på bakgrunn av fortolkning av ILO-konvensjon nr. 87 og ILO-konvensjon nr. 98, utviklet retningslinjer for når inngrep i streikeretten vil være forenlig med de nevnte ILO-konvensjonene. Det er blant annet lagt til grunn i disse retningslinjene at inngrep i streikeretten kan være forenlig dersom streiken rammer særlige viktige tjenester og virksomheter (essential services). Oljeproduksjon vil ikke være å anse for en slik særlig viktig virksomhet (nonessential services) der avbrytelse

⁴⁶ Det sentrale organ ved tolkning av ILO-konvensjonene. Komiteen består av ni medlemmer, tre oppnevnt av regjeringen, tre av arbeidsgiverne og tre av arbeidstakerne.

⁴⁷ ILOs generelle tilsynsorgan. Det er sammensatt av fremstående jurister.

av streikeretten kan anses forenlig. ILOs organer har her gitt klart uttrykk for hvorledes ILO-konvensjon nr. 87 og nr. 98 skal forstås.

I tillegg til dette har ILO-organenes praksis kommet indirekte til uttrykk gjennom deres behandling av norske klagesaker. Bruk av tvungen lønnsnemnd har vært klagt inn for ILOs organer åtte ganger fra 1962 til 1997. Komiteen for organisasjonsfrihet har med tilslutning fra ILOs styre,⁴⁸ i syv tilfeller gitt klagerne medhold i at slike inngrepen i streikeretten ikke er i tråd med prinsippene for organisasjonsfriheten.

2.2 Rt. 2001 s. 248

Dommen i Rt. 2001 s. 248 omhandler drift av ambulansetjeneste i Kåfjord kommune. Olderdalen Ambulanse AS overtok drift av ambulansetjeneste etter Kåfjord Ambulanseservice AS. Avtalen med Olderdalen Ambulanse AS ble inngått med Troms fylkeskommune etter anbud. Olderdalen Ambulanse AS tilbydde de tre som var ansatt i Kåfjord Ambulanseservice AS, videre ansettelse på betingelse av at de ikke fagorganiserte seg. To av de tre ansatte i Kåfjord Ambulanseservice AS, Mo og S. Dalvik, aksepterte muntlig, men ga uttrykk for at de ville organisere seg. Olderdalen Ambulanse AS ansatte etter dette tre andre til drift av ambulansetjenesten. De tre ansatte i Kåfjord Ambulanseservice AS krevde for byretten ansettelse under henvisning til bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4 kapittel XII A.

Dommen omhandler også gyldigheten av betingelsen om unnlatt organisering. Saksøkerne hevdet at betingelsen om unnlatt organisering var i strid med arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd, og en rekke konvensjoner om organisasjonsfrihet. Arbeidsmiljøloven § 55 A først ledd forbyr arbeidsgiver i "utlysning etter ny arbeidstaker eller på annen måte" å kreve at søkeren skal gi opplysninger om de er medlemmer av lønnstakerorganisasjoner. Arbeidstaker må heller ikke "iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte". Høyesterett legger til grunn at arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd må tolkes i lys av de internasjonale

⁴⁸ Styret er satt sammen av 28 regjeringsrepresentanter, 14 arbeidstakerrepresentanter og 14 arbeidsgiverrepresentanter.

konvensjoner Norge er bundet av. De viser da særlig til ILO-konvensjon nr. 98, som i artikkel 1 nr. 2 gir et vern “rettet mot handlinger som er beregnet på å gjøre sysselsettingen av en arbeider betinget av at han ikke skal slutte seg til en fagforening eller skal oppgi fagforeningsmedlemskap”.

Høyesterett konkluderer med at betingelsen om unnlatt organisering er urettmessig og dermed i strid med arbeidsmiljøloven § 55. Det ble på det grunnlag utbetalt erstatning til Mo og S. Dalvik. Hva gjelder spørsmålet om virksomhetsoverdragelse, fikk saksøkerne både i byretten og i Lagmannsretten medhold i at de var fast ansatt hos Olderdalen Ambulanse AS. I forhold til tredjemann i Kåfjord Ambulanseservice AS, som ikke hadde akseptert tilbudet om ansettelse fra Olderdalen Ambulanse AS, ble Olderdalen Ambulanse AS frifunnet. Denne delen av dommen er rettskraftig. Olderdalen Ambulanse AS anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Høyesterett konkluderte med at det ikke hadde skjedd noen virksomhetsoverdragelse som kunne gi Mo og S. Dalvik vern.

2.3 Rt. 2001 s. 1413

I Rt. 2001 s. 1413 var en mann knyttet til Norsk Folkehjelp som minerydder i Bosnia. Dommen tar i hovedsak stilling til to rettsspørsmål. Jeg velger kun å gå inn på den delen av dommen som belyser Høyesteretts holdning til folkeretten. Etter mannens kontrakt var det et vilkår at han var organisert i Handel og Kontor eller et annet LO-forbund. Mannen krevde denne organisasjonsplikt klausulen kjent ugyldig, på grunnlag av at den var i strid med arbeidsmiljøloven § 55 A første punktum. Bedømmelsen av organisasjonspliktklausulen bygger i betydelig grad på resultatet fra dommen i Rt. 2001 s. 248. Høyesterett konkluderte med at organisasjonsplikt klausulen var i strid med arbeidsmiljøloven § 55 A.

2.4 Slektskap

Alle tre dommene omhandler problemstillinger innenfor arbeidsretten. Disse problemstillingene har nær slektenskap til hverandre. Rt. 1997 s. 580 angår lovligheten av Norges bruk av tvungen lønnsnemnd. Bruk av tvungen lønnsnemnd medfører begrensninger i arbeidstakernes rett til å anvende streik. Bruk av streik vil være et viktig kampmiddel, som

arbeidstakerne på nærmere bestemte betingelser kan benytte ved inngåelse av tariffavtaler. Retten til å anvende streik, anses som en fundamental og viktig konsekvens av organisasjonsretten.

Rt. 2001 s. 248 omhandler blant annet rettmessigheten av en betingelse om unnlatt fagorganisering. En slik betingelse medfører begrensninger i den positive organisasjonsretten.⁴⁹ I Rt. 2001 s. 1413 behandles blant annet gyldigheten av en betingelse om pliktig fagorganisering. Denne klausulen innebærer en begrensning i den negative organisasjonsretten.⁵⁰ Som det fremgår av denne gjennomgangen omhandler alle dommene problemstillinger som angår organisasjonsretten. Organisasjonsretten utgjør en viktig del av den kollektive arbeidsretten.

⁴⁹ Retten til å danne og stå tilsluttet en faglig organisasjon, jfr. Jakhell, Oversikt over arbeidsretten s. 377.

⁵⁰ Retten til å være uorganisert, jfr. Jakhell, Oversikt over arbeidsretten s. 377.

3 Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene

3.1 ILO-konvensjonene

Høyesteretts bruk av ILO-konvensjonene i Rt. 1997 s. 580 skiller seg fra deres bruk i Rt. 2001 s. 248 og Rt. 2001 s. 1413. I de to sistnevnte dommene er det ILO-konvensjon nr. 98 sin eksplisitte konvensjonstekst Høyesterett anvender i sin tolkning av den interne bestemmelsen. I Rt. 1997 s. 580 er det derimot praksisen omkring ILO-konvensjon nr. 87 og nr. 98, utviklet av ILO-organene, Høyesterett anvender. Før jeg ser på Høyesteretts holdning til ILO-konvensjonenes eksplisitte konvensjonstekst, velger jeg å se på Høyesteretts holdning til ILO-organenes praksis. Dette fordi dommen fra Rt. 1997 s. 580 er avsagt først i tid, og det blir således enklere å konstatere om det har skjedd en endring i Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene innenfor arbeidsretten.

3.1.1 ILO-konvensjonenes gjennomføring i norsk rett

ILO-konvensjon nr. 87 og nr. 98 ble ratifisert av Norge henholdsvis den 4. juli 1949 og 17. februar 1955. Stortinget besluttet at konvensjonene ikke skulle gjennomføres til norsk rett ved transformasjon eller ved inkorporasjon. Gjennomføringen ble med andre ord ikke foretatt ved lovvedtak. Det ble derfor konstatert rettsharmoni mellom gjeldende norsk rett og bestemmelsene i konvensjonene. På dette grunnlag vil ikke ILO-konvensjonene være å anse som en del av norsk rett. Dette belyser det dualistiske prinsipp som norsk rett bygger på.

3.1.2 ILO-konvensjonenes relevans

Spørsmålet blir hvilken relevans slike konvensjoner, som verken er transformert eller inkorporert i norsk rett, vil ha som rettskildefaktor. Selv om ILO-konvensjonene ikke er å anse som en del av norsk rett er det klart at de har relevans som rettskildefaktor. Dette følger av presumsjonsprinsippet. I tillegg til dette prinsippet vil konvensjonenes relevans avhenge av hvilken sammenheng de skal benyttes i. Dersom det for eksempel skal ilegges straff, er det krav om lovhjemmel.⁵¹ Det vil derfor ikke være anledning til å straffe med hjemmel i konvensjon som verken er transformert eller inkorporert.

⁵¹ Grunnloven § 96.

3.1.3 Relevansen av ILO-organenes praksis

I Rt. 1997 s. 580 legger Høyesterett til grunn som en slags konklusjon at praksisen, utviklet av de sentrale organene innen for ILO,⁵² er i strid med den konvensjonsteksten som i sin tid ble forhandlet frem og vedtatt. Det kan på dette grunnlag virke som om Høyesterett ikke finner den fremvokste praksisen for å ha noen som helst rettslig relevans. Spørsmålet blir derfor om ILO-organenes praksis har rettslig relevans. For å kunne foreta en nærmere vurdering av dette er det flere punkter det må pekes på.

Det vil være av betydning hvilke organer innenfor ILO som står for utviklingen av praksisen. Komiteen for organisasjonsfrihet er det sentrale organ ved tolkning av ILO-konvensjonene. Organet består av ni medlemmer. Disse representerer tre forskjellige interessegrupper. Tre medlemmer er oppnevnt av regjeringen, tre er representanter for arbeidsgiverne og de siste tre er representanter for arbeidstakerne. Denne spesielle sammensetningen med representanter fra forskjellige interesseområder, skal sikre en allsidig vurdering der alle interesser er representert med like stor vekt og tyngde. Det skal på denne måten ikke foregå noen form for favorisering av arbeidstakerinteressene. Komiteen foretar en objektiv tolkning som skjer uavhengig av statene. Dersom en sak som angår medlemmets vertsland er til behandling, settes dette medlemmet ut av betraktning i den aktuelle saken. Der komiteen utformer rekommandasjoner kreves det enstemmighet. Komiteens oppbygging og arbeidsmåte taler klart i retning av å tillegge praksisen relevans som rettskildefaktor.

I samme retning trekker det at komiteens praksis anerkjennes og benyttes av andre menneskerettighets organer som tolker egne konvensjoner. Det kan i den forbindelse vises til tilfeller der Komiteen av uavhengige eksperter⁵³ anvender ILO-organenes praksis direkte som rettsfaktor ved tolkningen av ESP.⁵⁴ Av enda større betydning for praksisens relevans, vil det

⁵² ILOs styre, Komiteen for organisasjonsfrihet og Ekspertkomiteen.

⁵³ Det sentrale organ ved tolkning av ESP.

⁵⁴ Se Conclusions II (1971) s. 23.

være at EMD anvender ILO-organenes praksis i tolkningen av EMK.⁵⁵ Disse momentene trekker klart i retning av å tillegge ILO-organenes praksis relevans.

Videre er det viktig å merke seg at menneskerettighetskonvensjoner ofte må anses som dynamiske. Særlig der konvensjonene er vage vil det være rom for en dynamisk tolkning. Som eksempel kan det vises til at EMD i en rekke saker har underlagt EMKs regler en effektiv og dynamisk tolkning. De har gitt uttrykk for at EMK "må anses som et levende instrument som må leses i lys av tidens krav"⁵⁶ Internasjonale domstolers og tilsynsorganers praksis spiller dermed ofte en viktig og rettsskapende rolle. En rettsutvikling innenfor menneskerettighets område vil være særlig viktig siden det her ikke finnes noe sentralt lovgivningsorgan. På grunn av den endring og den utvikling som skjer i samfunnet, vil en dynamisk tolkning av konvensjonen til dels veie opp for den manglende lovgivning. Det at konvensjoner er dynamiske, trekker i retning av å anse den praksis som utvikles for å være relevant.

I dommen legger Høyesterett til grunn at ILO-organenes praksis ikke vil være bindende for statenes forståelse av ILO-konvensjonene. Høyesterett mener videre at det kun er domstolen i Haag som kan slutte avgjørelser med bindende virkning. Dette kan imidlertid ikke resultere i at den praksis som ILO-organene utvikler, vil være uten rettslig relevans. Det må kunne hevdes at denne praksisen i det minste er moralsk og politisk bindende for statene. Det er klart at avgjørelser fattet av domstolen i Haag vil ha større autoritet og tyngde enn praksis utviklet av ILO-organene. Dersom det oppstår motstrid mellom ILO-organenes praksis og en avgjørelse fattet av domstolen i Haag, vil avgjørelsen fra Haag bli avgjørende for det endelige resultatet. Men dette blir kun et spørsmål om rang og ikke om relevans.

⁵⁵ Se for eksempel Eur. Court H. R., Sigurdur A. Sigurjonsson v. Iceland judgment of 30 June 1993, Series A no. 264 s. 14.

⁵⁶ Se for eksempel Eur. Court H. R. Sigurdur A. Sigurjonsson v. Iceland judgment of 30 June 1993, Series A no. 264.

For å vurdere relevansen av ILO-organenes praksis må det også tillegges vekt at domstolen i Haag med størst sannsynlighet ville ha tolket ILO-konvensjonene på samme måte som ILO-organenes praksis legger opp til.

På bakgrunn av de nevnte momentene, er det klart at praksis utviklet av ILO-organene har rettslig relevans.

3.1.4 Høyesteretts holdning til ILO-organenes praksis

Når det gjelder Høyesteretts anvendelse av ILO-organenes praksis, kan det reises flere kritiske spørsmål. På bakgrunn av at ILO-organenes praksis er å anse som en relevant rettskildefaktor, kan det for det første fremtre som noe underlig at Høyesterett ikke foretar en noe nærmere tolkning av ILO-organenes praksis. Det ville blant annet vært naturlig om Høyesterett hadde foretatt en kvalitativ vurdering av praksisen. Dette blir derimot ikke foretatt.

For det andre mener jeg Høyesteretts holdning til praksisen er noe uheldig. Det kan virke som om Høyesterett bevisst ser bort i fra ILO-organenes praksis, for å unngå en situasjon der det oppstår motstrid mellom den interne hjemmel for bruk av lønnsnemndsbehandling og menneskerettighetsbestemmelsene i ILO-konvensjon nr. 87 og nr. 98. Høyesteretts ønske om å unngå en motstrids situasjon kan ha noe av sin forklaring i den historiske bruken av tvungen lønnsnemnd i Norge. Lønnsnemndsbehandling har vært benyttet siden 1915, da man fikk den første arbeidstvistloven.⁵⁷ Lønnsnemndsbehandling har fra norske myndigheters side vært ansett som nyttig for å løse fastlåste konflikter mellom arbeidstakerorganisasjoner og arbeidsgivere eller arbeidsgiverorganisasjoner. Fra 1953 til 1994 har det vært gitt 50 lover og 33 provisoriske anordninger⁵⁸ om lønnsnemndsbehandling av arbeidstvister, og 20 kongelige resolusjoner⁵⁹ med hjemmel i lovgivning om lønnsnemnd i arbeidstvister.⁶⁰ Vi står med andre ord overfor regelmessig bruk av lønnsnemndsbehandling, som har vært ansett som nødvendig

⁵⁷ Tidligere lov av 6. august 1915 nr. 2.

⁵⁸ Midlertidig bestemmelse av lovs karakter, vedtatt av regjering med hjemmel i Grunnloven § 17.

⁵⁹ Beslutning av kongen i statsråd, jfr. Grunnloven § 28.

⁶⁰ Lov av 19. desember 1952 nr. 7.

for å løse tvister i fastlåste tarifforhandlinger. Det kan tenkes at Høyesterett har vurdert verdien av lønnsnemndsbehandling, og på det grunnlag prøvd å unngå en situasjon som setter begrensninger for slik fremtidig bruk.

Dette argumentet om at Høyesterett bevisst prøver å unngå en motstridssituasjon, svekkes når man tar i betraktning de uttalelsene som kommer til uttrykk i slutten av dommen. Disse uttalelsene anses som obiter dictum. Her gir Høyesterett klart uttrykk for at dersom det hadde vært en motstridssituasjon mellom den interne retten og folkeretten, så skulle den interne retten uansett gis forrang. Det kan virke underlig at Høyesterett velger å ta med en så viktig uttalelse i et obiter dictum. På den annen side kan det argumenteres med at Høyesterett velger å ta med uttalelsen fordi de ønsker å rette fokus bort fra motstrids spørsmålet, og på den måten dempe kritikken av at de løser konflikten ved å bortfortolke den eventuelle motstriden.

3.1.5 Betydningen av den norske stats forutsetninger

Høyesterett anfører at de til dels vidtgående begrensningene i adgangen til inngrep i streikeretten som ILO-organene går inn for, ikke har holdepunkter i konvensjonstekstene slik de i sin tid ble forhandlet og vedtatt. Videre anfører Høyesterett at det ved bedømmelse av om Norge har påtatt seg en folkerettslig forpliktelse til å begrense bruken av tvungen lønnsnemnd, må legges vesentlig vekt på Stortingets og regjeringens forutsetninger på forpliktelses tidspunktet. Med forutsetninger menes her Stortingets og regjeringens tilkjennevisning av at Norge ikke har forpliktet seg til å unnlate å bruke tvungen lønnsnemnd. Disse forutsetningene har kun kommet til uttrykk i interne dokumenter,⁶¹ de har ikke blitt uttalt eksplisitt utad verken ovenfor ILO-organene eller de andre konvensjonspartene. Høyesterett hevder imidlertid at forutsetningene i alle fall har kommet til syne overfor ILO-organene i forbindelse med de sakene om tvungen lønnsnemnd som har vært klagd inn for ILO,⁶² og ved Norges ratifikasjon av ØSK i 1975. På disse grunnlag legger Høyesterett til grunn at den norske stat ikke på noe tidspunkt har godtatt at Norges bruk av tvungen lønnsnemnd er i strid med ILO-konvensjon nr. 87 eller nr. 98.

⁶¹ St.prp. nr. 100 (1961-62) side 3.

⁶² Første klagesak er fra 1962, sak 317.

Høyesterett mener med andre ord at de forutsetningene Stortinget og regjeringen hadde ved ratifikasjonen, skal tillegges større betydning enn den praksis og forståelse som er vokst frem og utviklet av ILO-organene etter ratifikasjonen.

Det reises på bakgrunn av dette et spørsmål om den norske stats forutsetninger har betydning ved tolkning av ILO-konvensjonene.

Det er klart at så lenge konvensjonen selv gir mulighet for det vil en stats forutsetninger, forut for ratifikasjonen, kunne få betydning for om og i tilfelle i hvilken utstrekning staten er bundet av konvensjonen. Staten kan for det første ta forbehold til konvensjonens enkelte bestemmelser. Med forbehold menes en ensidig erklæring som staten tar når den undertegner eller slutter seg til konvensjonen. Erklæringen har til formål å endre eller utelukke anvendelsen av visse bestemmelser i forhold til vedkommende stat.⁶³ Tas det et forbehold til en ILO-konvensjon må dette dessuten aksepteres av de andre ratifiserende statene. Dette kalles det absolutte system.

I tillegg til å ta forbehold, kan staten for det andre avgi tolkningserklæringer. Det kan være hensiktsmessig der konvensjonen kan tenkes å komme i strid med intern rett. Nasjonen avgir derfor en erklæring på hvordan den forstår konvensjonsteksten. Slike erklæringer må avgis før ratifikasjonen skal de få noen betydning.

Forut for ratifikasjonen av ILO-konvensjon nr. 87 og nr. 98 ble det fra norsk side verken tatt forbehold eller avgitt noe tolkningserklæring. ILO-organene ble heller ikke på noe tidspunkt gjort oppmerksomme på Norges forutsetning om fortsatt bruk av tvungen lønnsnemnd. Manglende forbehold og tolkningserklæring trekker i retning av at den norske stats forutsetninger i denne saken ikke bør tillegges betydning.

Høyesterett legger på tross av dette til grunn at Norges uuttalte forutsetning om fortsatt bruk av tvungen lønnsnemnd skal få betydning i saken. Høyesteretts standpunkt kan hevdes å ha

⁶³ Wienkonvensjonen art. 2 (1) d.

sin forklaring i det folkerettslige suverenitetsprinsipp, og prinsippet om at traktater skal tolkes strengt. Suverenitetsprinsippet går ut på at de folkerettslige statene oppfattes som suverene, og at de ikke underkastes annen vilje enn sin egen.⁶⁴ Statens forutsetninger skal derfor få betydning ved tolkningen, fordi statenes forutsetninger ofte vil være uttrykk for i hvilken grad de ønsket å forplikte seg. Suverenitetsprinsippet har nær forbindelse til prinsippet om at traktater skal tolkes strengt. I følge dette prinsippet skal traktater tolkes strengt, og ikke ut over sin ordlyd. Dette fordi statene ved ratifikasjon ikke ønsket å forplikte seg i videre utstrekning enn det konvensjonsteksten ga uttrykk for.

For å kunne belyse holdbarheten av å tillegge disse prinsippene betydning i denne saken, er det viktig å være klar over det skille som gjør seg gjeldene mellom den alminnelige folkeretten og menneskerettighetene. Som nevnt vil det være de internstatlige eller mellomstatlige forbindelser som står i fokus for konvensjonene innenfor den alminnelige folkeretten. Konvensjoner som omhandler menneskerettigheter regulerer forholdet mellom stat og individ, og de skal på den måte beskytte borgernes rettigheter mot overgrep fra staten. På menneskerettighets område vil individene ikke vært part i verken forhandlingen eller avslutningen av konvensjonene. Bestemmelsene i ILO-konvensjon nr. 87 og nr. 98 er å betegne som menneskerettigheter. Skillet mellom folkerett og menneskerettighet gir seg utslag når det blir spørsmål om hvilke teorier og prinsipper som skal legges til grunn for tolkningen av konvensjonene.

Det er som nevnt blitt hevdet i teorien at traktater og konvensjoner skal underlegges en streng tolkning.⁶⁵ Dette har neppe gyldighet i dag. Det vil særlig være lite ønskelig å anlegge en slik tolkningsteori på menneskerettighetenes område. Dette har sin begrunnelse i det forhold som til enhver tid består mellom stat og individ. På denne bakgrunn vil heller ikke suverenitetsprinsippet få like stor gjennomslagskraft her, som ovenfor den alminnelige folkeretten. På område for den alminnelige folkerett, der forholdet mellom statene er i fokus, vil det være svært relevant å legge vekt på i hvilken utstrekning hver enkelt stat ønsket å

⁶⁴ Fra dette prinsippet må det gjøres unntak for den folkerettslige sedvanerett. Denne blir statene bundet av uten noen nærmere aksept.

⁶⁵ Se for eksempel Fleischer, Folkerett s. 47.

forplikte seg i forhold til de andre ratifiserende statene. En slik tankegang lar seg ikke like godt forene på område der fokus for konvensjonene er forholdet mellom individ og stat. Dersom suverenitetsprinsippet skulle fått like stor gjennomslagskraft her, ville det fått negative konsekvenser for det vernet individene er ment å få i kraft av menneskerettighetene.

Vi ser etter dette at verken suverenitetsprinsippet eller teorien om streng fortolkning av traktater kan føre til at den norske stats forutsetninger skal tillegges betydning i denne saken.

Det må på grunnlag av denne gjennomgangen legges til grunn at den norske stats forutsetninger i denne dommen har begrenset betydning ved tolkning av ILO-konvensjonene.

3.1.6 Høyesteretts holdning til den norske stats forutsetninger

Spørsmålet blir om Høyesteretts vektlegging av den norske stats forutsetninger på bekostning av den fremvokste praksisen er holdbar. Pro vektlegging av forutsetningene trekker det folkerettslige suverenitetsprinsipp. Det er helt klart at den norske stat ikke ønsket å ratifisere en konvensjon som begrenset muligheten for fortsatt bruk av tvungen lønnsnemnd der viktige samfunnsinteresser tilsier det. Prinsippet får imidlertid som foran nevnt begrenset vekt på menneskerettighetenes område.

For å kunne avgjøre om Høyesteretts vektlegging av interne forutsetninger er holdbar, vil det være av betydelig interesse å se på hvilke konsekvenser en slik vektlegging medfører.

ILO-konvensjon nr. 87 og nr. 98 beskytter sentrale menneskerettigheter innenfor arbeidsrettens kollektive del, og konvensjonene er ratifisert av et stort antall stater.⁶⁶ I verst tenkelige tilfelle kan hver enkelt stat hevde en særegen oppfatning av konvensjonenes innhold og rekkevidde. Dersom disse ikke blir uttalt overfor ILO-organene og det heller ikke blir tatt forbehold eller avgitt tolkningserklæringer, vil verken ILO-organene eller de andre statene være klar over statens særegne oppfatning av konvensjonstekstene. Dette kan medføre svært uheldige konsekvenser. For det første vil konvensjonen ha like mange alternative

⁶⁶ ILO-konvensjon nr. 87 er ratifisert av 142 stater, ILO-konvensjon nr. 98 er ratifisert av 153 stater.

meningsinnhold som ratifiserende parter, dersom hver enkelt stat får gjennomslag for sine forutsetninger. Dette ville igjen medføre at de enkelte statene ville vært bundet av konvensjonen i ulik utstrekning. Dette ville resultere i konvensjoner uten noe enhetlig vern og reelt innhold. Menneskerettighetenes mål om uniformelle regler ville som en konsekvens av dette langt fra vært nådd. Videre ville det medføre en umulig oppgave for ILO-organene å føre tilsyn med statenes overholdelse av konvensjons forpliktelsene.

Videre vil en tolkning som holder seg strengt til ordlyden føre til konvensjoner som er lite utviklingsdyktige, og som dermed vanskelig kan tilpasses samfunnsutviklingen. Det er dermed klart at en vektlegging av interne forutsetninger motvirker en dynamisk tolkning av konvensjonene. Dette vil særlig være uheldig på menneskerettighetenes område da disse er i stadig utvikling, kanskje i større grad enn på mange av de interne rettsområdene. Dette kan ha sammenheng med den økende grad av kontakt og avhengighet som oppstår på tvers av landegrensene, samt de enkelte staters økende grad av fokusering på viktigheten av menneskerettighetene.

En annen uheldig konsekvens av å se bort i fra ILO-organenes praksis, har sammenheng med den manglende lovgivningsmyndighet i folkerettssamfunnet. Som nevnt finnes det ikke noe sentral myndighet som står for utvikling av nye lover, slik det gjør i den interne rettsorden. Dersom det skal etableres nye konvensjoner kreves det enighet blant alle de impliserte stater. Dette kan i mange tilfeller føre med seg betydelige vanskeligheter. På grunn av den manglende utviklingsdyktighet som konvensjonene dermed har, vil den praksisen som ILO-organene utvikler ha stor betydning for konvensjonenes utvikling og samfunnstilpassning. Det er dermed uheldig når Høyesterett velger å vektlegge den norske stats forutsetninger på bekostning av den praksisen som er utviklet.

Høyesteretts vektlegging av Stortingets og regjeringens forutsetninger på bekostning av den fremvokste praksisen, finner jeg på bakgrunn av den foranstående gjennomgangen, for å være uheldig. Det kan hevdes at Høyesterett kun anvender praksisen i den utstrekning den selv finner det for opportunt. En slik anvendelse er lite ønskelig.

3.1.7 Høyesteretts holdning til ILO-konvensjonene

Det interessante blir nå å undersøke hva slags holdning Høyesterett har til ILO-konvensjonene i Rt. 2001 s. 248 og Rt. 2001 s. 1413. I begge dommene tolker Høyesterett arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd i lys av ILO-konvensjon nr. 98.

Før disse dommene gjennomgås, må det kort vises til Rt. 1986 s. 1250. Også i denne dommen tolker Høyesterett arbeidsmiljøloven § 55 A i lys av en ILO-konvensjon.⁶⁷ Problemstillingen i dommen var om Diakonhjemmets Sosialhøgskole var berettiget til å spørre søkere til utlyste lærerstillinger om deres forhold til den kristne tro, jfr. punkt 2 i de personalpolitiske retningslinjer. Skolens rektor, undervisningsleder og deres organisasjoner (ankemotparten) gjorde forgjeves gjeldende for Høyesterett at retningslinjene var i strid med arbeidsmiljølovens § 55 og ILO-konvensjonen. For å klarlegge meningsinnholdet av arbeidsmiljølovens § 55 tolket ankemotparten bestemmelsen i lys av ILO-konvensjonen.

Høyesterett fremhever at på tidspunktet for vedtagelse av arbeidsmiljøloven, hadde Norge ratifisert ILO-konvensjonen, og at det derfor måtte forutsettes at arbeidsmiljøloven § 55 A ikke var i strid med de folkerettslige forpliktelsene Norge her påtok seg. De fremhever videre at det ikke er tvilsomt at ILO-konvensjonen må tillegges vekt ved tolkning av arbeidsmiljøloven § 55 A. Høyesterett legger til grunn at verken § 55 A eller ILO-konvensjonen stiller seg hindrende i veien for å spørre om søkerens forhold til den kristne tro. På dette grunnlag konkluderer de med at de personalpolitiske retningslinjene ikke er rettsstridige eller ugyldige. De begrunner dette med at det må ”være adgang til å spørre om livssyn for å sikre at stillingsinnehaveren i nødvendig utstrekning har det livssyn som gjennomføringen av institusjonens formål er avhengig av”.

Som det fremgår ovenfor legger Høyesterett til grunn at ILO-konvensjonen skal tillegges vekt ved tolkningen av arbeidsmiljølovens § 55 A. Det kan imidlertid reises spørsmål om en slik vektlegging av ILO-konvensjonen i realiteten ble foretatt av Høyesterett. For meg virker det som Høyesterett valgte å legge avgjørende vekt på de konsekvensene som eventuelt ville

⁶⁷ ILO-konvensjon nr. 111

oppstå dersom de nevnte retningslinjene skulle ble kjent ugyldig, og ikke de forpliktelsene som fulgte av ILO-konvensjonen. Det kan i denne sammenheng vises til Høyesteretts begrunnelse om at ”en annen fortolkning vil kunne føre til en uholdbar situasjon... for de livssynsorganisasjoner ...hvor det for virksomhetens formål anses nødvendig at de fleste ...stillingene er besatt av personer som identifiserer seg med institusjonens ideelle målsetting”.

Jeg går så over til å se på de to dommene fra 2001. I Rt. 2001 s. 248 oppstiller Olderdalen Ambulanse AS en betingelse om unnlatt fagorganisering som vilkår for ansettelse. Betingelsen om unnlatt organisering vil være i strid med ordlyden i ILO-konvensjon nr. 98. ILO-konvensjon nr. 98 beskytter etter sin ordlyd en rett for arbeidstakere til å være tilknyttet en fagorganisasjon. Retten til å kunne være tilknyttet en fagorganisasjon utgjør en del av den positive organisasjonsretten. Eventuelle begrensninger i retten til å være fagorganisert vil derfor være i strid med ILO-konvensjon nr. 98. Betingelsen om unnlatt organisering som Olderdalen Ambulanse AS stilte som vilkår, innebærer en slik begrensning i den positive organisasjonsretten. En slik betingelse, som her ble stilt som vilkår, betegnes i faglitteraturen for en “yellow dog”- klausul.⁶⁸

Arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd verner etter sin ordlyd ikke den positive organisasjonsretten. En “yellow dog”- klausul vil derfor i utgangspunktet ikke være i strid med bestemmelsens ordlyd. Høyesterett tolker arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd ut i fra sitt formål og i lys av ILO-konvensjon nr. 98. På dette grunnlag konkluderer de med at betingelsen om unnlatt organisering er i strid med arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd. Denne tolkningen i lys av bestemmelsens formål og ILO-konvensjon nr. 98 resulterer i at Høyesterett foretar en utvidende tolkning av bestemmelsens anvendelsesområde. En slik utvidende tolkning av den interne bestemmelsen, har i dette tilfellet gode grunner for seg. Den medfører at den norske bestemmelsen blir i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelsene som Norge har påtatt seg ved ratifikasjon av ILO-konvensjon nr. 98.

⁶⁸ Se Jakhelln, Om virkning av rettsstridige vilkår i tilbud.

Det kan stilles spørsmål om Høyesteretts utvidende tolkning av den interne bestemmelsen er et resultat av det folkerettslige presumsjonsprinsipp. Presumsjonsprinsippet er i juridisk teori⁶⁹ definert slik at ”dersom det oppstår konflikt mellom folkeretten og den interne retten skal den interne bestemmelsen tolkes innskrenkende, slik at den norske retten er i overensstemmelse med folkeretten”. På bakgrunn av den nevnte definisjonen blir spørsmålet om den utvidende tolkningen som Høyesterett foretar, er et tolkningsresultat som skyldes presumsjonsprinsippets anvendelse eller ikke. Det er klart at Høyesterett foretar den utvidende tolkningen i den hensikt å overholde de folkeretteslige forpliktelsene som følger av ILO-konvensjon nr 98. Om denne tolkningen resulterer i en utvidende eller innskrenkende tolkning av den interne bestemmelsen må være uten relevans. Det avgjørende må i denne sammenheng være årsaken til at det foretas en utvidende eller innskrenkende tolkning av bestemmelsen, og ikke hvilket tolkningsresultat dette resulterer i. Det må etter dette være klart at Høyesteretts utvidende tolkning av arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd ble foretatt som en konsekvens av presumsjonsprinsippet.

Det kan videre stilles spørsmål om Høyesterett burde ha vist mer varsomhet i tolkningen av arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd, slik at bestemmelsen ikke hadde fått et slikt utvidet anvendelsesområde. En utvidende tolkning kan nemlig tenkes å komme i konflikt med det strafferettslige legalitetsprinsipp. Prinsippet går ut på at ingen kan ”straffes uten etter lov”.⁷⁰ For å finne ut om prinsippet får anvendelse i denne sammenheng, må det reises spørsmål om arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd kun er en påbudsbestemmelse, eller om den også er en straffebestemmelse. Det er i alle fall i et tidligere tilfelle⁷¹ ilagt straff for overtredelse av bestemmelsen. Det er derfor klart at den også vil være å anse som en straffebestemmelse. Et spørsmål som reiser seg er om det kreves klar lovhjemmel for å kunne straffe, eller om det kan godtas en utvidende tolkning av hjemmelsloven. Generelt må det kunne sies at det må foreligge sterke grunner for at domstolene skal være berettiget til å gå utover det som naturlig ligger i ordlyden. Det må kunne legges til grunn at Høyesteretts utvidende tolkning av bestemmelsen ikke vil være i strid med det strafferettslige legalitetsprinsipp.

⁶⁹ Se Fleischer, Folkerett s. 330.

⁷⁰ Grunnloven § 96.

⁷¹ Se Rt. 1980 s. 598.

Dersom Høyesterett hadde tolket arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd strengt ut i fra sin ordlyd, og ikke tolket den i lys av ILO-konvensjon nr. 98, ville betingelsen som Olderdalen Ambulanse satte, ikke vært i strid med arbeidsmiljøloven § 55 A første ledds ordlyd. En slik tolkning med fokus på ordlyden kunne imidlertid ført til at Norge hadde brutt den folkerettslige forpliktelsen som følger av ILO-konvensjon nr. 98.

I Rt. 2001 s. 1413 oppstilles det en betingelse om pliktig fagorganisering. På samme måte som i Rt. 2001 s. 248 blir betingelsen anført for å være i strid med arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd. Høyesterett legger i Rt. 2001 s. 1413 avgjørende vekt på resultatet fra Rt. 2001 s. 248. De anser resonnementet fra denne dommen for å ha gyldighet også i forhold til organisasjonspliktklausulen som Norsk Folkehjelp stilte som betingelse. Høyesterett konkluderer på dette grunnlag med at organisasjonsklausulen til Norsk Folkehjelp er urettmessig som stridende mot arbeidsmiljøloven § 55 A første punktum.

Gjennomgangen av Rt. 2001 s. 248 viste at Høyesteretts tolkning av arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd ble foretatt i lys av ILO-konvensjon nr. 98. På dette grunnlag må det legges til grunn at Høyesterett også i Rt. 2001 s. 1413 tolker arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd i lys av ILO-konvensjon nr. 98. Dette fremgår ikke direkte av dommen, men vil følge som en naturlig konsekvens av at Høyesterett legger resultatet i Rt. 2001 s. 248 til grunn for sitt eget resultat.

Det kan stilles spørsmålstegn til den bruken av ILO-konvensjon nr. 98 som Høyesterett her foretar. Betingelsen om pliktig fagorganisering innebærer en begrensning i retten for arbeidstakerne til å være uorganisert. Denne retten kalles for den negative organisasjonsretten. Slike betingelser kalles for ”closed shop” -klausuler. ILO-konvensjon nr. 98 beskytter etter sin ordlyd ikke retten til å velge å være uorganisert. Den negative organisasjonsretten har imidlertid opp gjennom tidene blitt anerkjent som en beskyttet del av organisasjonsretten. Høyesteretts anvendelse av ILO-konvensjon nr. 98 i denne dommen medfører at arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd også beskytter den negative organisasjonsretten. En slik

anvendelse av ILO-konvensjonen medfører en utvidelse av den interne bestemmelsens anvendelsesområde.

3.1.8 Endring i Høyesteretts holdning?

Det fremkommer meg som ganske klart at det har skjedd en utvikling i Høyesteretts holdning til ILO-konvensjonene. I de to dommene fra 2001, og da særlig i Rt. 2001 s. 1413 er Høyesterett i stor grad villige til å tolke de norske bestemmelsene i lys av ILO-konvensjonene. Høyesterett inntar i de to dommene en meget vennligsinnet holdning til konvensjons forpliktelsene. Denne holdningen medfører at de norske bestemmelsene blir i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelsene, som Norge ved ratifikasjonen har påtatt seg. Denne vennligsinnede holdningen står i sterk kontrast til holdningen Høyesterett inntar i Rt. 1997. s. 580. Som før nevnt inntar Høyesterett, etter min mening, her en til dels uheldig holdning til ILO-organenes praksis.

Det må reises spørsmål om Høyesteretts variasjon i holdning kan skyldes at de i de to dommene fra 2001 anvender den eksplisitte konvensjonsteksten, mens de i Rt. 1997 s. 580 anvender praksis utviklet av ILO-organene. Det kan hevdes at Høyesterett lettere vil anse seg bundet av ILO-konvensjonen der forpliktelsene fremgår av klar konvensjonstekst, enn der forpliktelsene er vokst frem gjennom praksis. På den annen side vil en såpass klar praksis som den foreliggende i dommen fra 1997, være uttrykk for gjeldende folkerett, og Høyesterett vil være like bundet av denne som om forpliktelsene hadde fremgått av klar konvensjonstekst.

Kan det ha betydning for Høyesteretts holdning hvilke interne regler som i tilfelle må settes ut av betraktning for at de internasjonale konvensjonene skal få anvendelse? I dommen fra 1997 kan det synes som om Høyesterett lar dette innvirke på den holdningen de inntar. Bruk av tvungen lønnsnemnd anses av norske myndigheter og av Høyesterett for å ha gode grunner for seg. Det kan virke som Høyesterett på dette grunnlag er mer tilbøyelige til å sette de internasjonale konvensjonene ut av betraktning. Høyesterett gir selvsagt ikke uttrykk for at deres holdning skyldes slike forhold som foran nevnt. Dette kan imidlertid lett kamufleres, ved at det stilles spørsmålstegn til de internasjonale konvensjonenes holdbarhet. Høyesterett

legger derfor til grunn at den foreliggende praksisen ikke er klar og at de folkerettslige organene ikke med bindende virkning kan avgjøre hvordan konvensjonene skal tolkes.

Dersom det legges til grunn at Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene bestemmes av slike forhold, som foran nevnt, medfører dette uheldige konsekvenser. Den tolkning og det meningsinnhold de folkerettslige organene tillegger konvensjonene vil miste mye av sin betydning, dersom hver enkelt stat skal kunne anse seg bundet av de internasjonale konvensjonene ut ifra eget forgodtbefinnende. Konvensjonene kan dermed vanskelig oppnå noe enhetlig innhold.

3.2 Den europeiske sosialpakten

3.2.1 Høyesteretts bruk av Den europeiske sosialpakten

Høyesterett vurderer i Rt. 1997 s. 580 om Norges bruk av tvungen lønnsnemnd er i strid med ESP artikkel 6(4) jfr. artikkel 31(1). I Rt. 2001 s. 1413 blir betingelsen om pliktig organisering som Norsk Folkehjelp oppstiller vurdert i forhold til ESP artikkel 5.

ESP er ikke inkorporert i norsk rett. Jeg viser til det som er sagt foran i kapittel 1.4.5. angående hvilken relevans konvensjoner som verken er inkorporert eller transformert i norsk rett har.

For å forstå Høyesteretts anvendelse av ESP i Rt. 1997 s. 580, må det først sies litt om de vurderingene som ble foretatt av den norske stat før konvensjonen ble ratifisert. I forbindelse med ratifikasjonen i 1962, ble det fra Norges side vurdert om bruk av tvungen lønnsnemnd ville komme i konflikt med konvensjonen. Dette ble vurdert i forhold til artikkel 6 (4), som inneholder bestemmelser om kollektive tiltak, herunder retten til å benytte streik. Vurderinger ble også foretatt i forhold til artikkel 31 (1), som omhandler situasjoner der begrensninger i blant annet retten til å streike vil være forenlig med konvensjonen. Kommunal- og arbeidsdepartementet antok at bruk av tvungen lønnsnemnd ikke ville være i strid med art.

31(1).⁷² Utenriksdepartementet og Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité var enige i dette. Det ble derfor fra Norges side ikke tatt noe forbehold i forhold til artikkel 6 (4) jfr. artikkel 31(1).⁷³

Høyesterett er i Rt. 1997 s. 580 stilt overfor et tilfelle der det fremgår klart av ESP artikkel 31(1), når inngrep i streikeretten vil være rettmessig. Det er på det sikre at avbrytelse av streikeretten innenfor oljesektoren ikke vil være forenlig med artikkel 31 (1). Norges bruk av tvungen lønnsnemnd har opp igjennom tidene blitt kritisert av Europarådets organer for å gå lenger enn hjemlet i artikkel 31 (1) jfr. artikkel 6 (4). Norge fikk blant annet en rekommandasjon mot seg for bruk av tvungen lønnsnemnd innenfor sykehussektoren i 1993.

I Rt. 2001 s. 1413 konkluderer Høyesterett med at betingelsen om pliktig organisering er i strid med arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd. Etter dette velger Høyesterett å kommentere forholdet mellom arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd og ESP artikkel 5. Disse kommentarene er uttalt i et obiter dictum. ESP artikkel 5 verner etter sin ordlyd kun den positive organisasjonsretten. I sin håndhevelse av konvensjonen har Ekspertkomiteen⁷⁴ derimot gitt klart uttrykk for at også den negative organisasjonsretten vil være beskyttet i denne artikkelen. Den negative organisasjonsretten innebærer som tidligere nevnt at arbeidstakeren skal ha rett til å velge å være uorganisert. En plikt til å organisere seg vil medføre en begrensning i den negative organisasjonsretten. Ekspertkomiteen har i sine uttalelser gitt uttrykk for at organisasjonsplikt-klausuler er uakseptable etter ESP artikkel 5.

3.2.2 Høyesteretts holdning til uttalelser fra Europarådets organer

I Rt. 1997 s. 580 konkluderer Høyesterett med at den foreliggende praksisen fra Europarådets organer ikke er ”klar” nok, til å vise at Kommunal og arbeidsdepartementets beslutning om tvungen lønnsnemnd er i strid med ESP.

⁷² St.prp. nr. 100 (1961-62) s. 505.

⁷³ St.prp. nr. 100 (1961-62) s. 3 flg. og Innst.S. nr. 240 (1961-62) s. 505.

⁷⁴ Ekspertkomiteen håndhever ESP ved å gi autoritative uttalelser basert på rapporter innsendt fra de ulike medlemslandene.

I motsetning til hva som synes å være utgangspunktet for Høyesteretts vurdering av ILO-organenes praksis, velger Høyesterett her å gå inn på en noe nærmere vurdering av den foreliggende praksisen fra Europarådets organer. De konkluderer med at praksisen ikke anses som “klar” nok, og at de derfor anser seg ubundet av den. Det er dermed klart at Høyesterett i dette tilfellet i alle fall finner praksisen for å være relevant. Når det gjelder hvilken vekt denne praksisen skal tillegges, blir ikke dette vurdert noe nærmere av Høyesterett.

Det må reises spørsmål om Høyesterett kun er bundet av uttalelser og rekommandasjoner fra Europarådets organer der disse kan sies å være klare. Høyesteretts begrunnelse om at praksisen ikke er klar, gir assosiasjoner til de krav som oppstilles for at en praksis skal anses som sedvanerett. I tradisjonell juridisk teori⁷⁵ defineres sedvanerett som en praksis som må være utøvd i lang tid, den må være konsekvent og den må være fulgt i den tro at løsningen var rettslig påkrevd. Det er imidlertid klart at den praksis som er utarbeidet av Europarådets organer ikke må oppfylle kravene til sedvanerett for at statene skal være forpliktet av den. Hvor klar en praksis er, vil bare få betydning for i hvilken grad den skal vektlegges. En særlig klar praksis vil tillegges større vekt enn praksis som ikke er klar. På denne bakgrunn er det uheldig når Høyesterett anser seg ubundet av praksisen fordi den ikke er tilstrekkelig klar. En praksis som eventuelt ikke er klar vil ha rettslig relevans. Høyesterett burde derfor ha drøftet noe nærmere i hvilken grad praksisen skulle vektlegges.

I stedet for å følge den foreliggende praksisen, velger Høyesterett å vektlegge Norges interne forutsetningene forut for ratifikasjonen. På dette grunnlag konkluderer de med at Norges bruk av tvungen lønnsnemnd ikke er i strid med ESP art 6(4) jfr. art 31 (1).

Høyesteretts vektlegging av interne forutsetninger, vil komme i mye av den samme situasjonen som Norges forutsetninger forut for ratifikasjonen av ILO-konvensjonene. Jeg skal derfor ikke ta opp alle problemstillingene som ble behandlet foran. Situasjonen forut for ratifikasjonen av ESP er tilnærmet lik det som var situasjonen forut for ratifikasjonen av ILO-konvensjonene. Norge hadde i begge tilfellene særegne forutsetninger hva gjaldt

⁷⁵ Boe, Innføring i juss. s. 154.

konvensjonenes forhold til bruk av tvungen lønnsnemnd. Videre ble det som tidligere nevnt ikke i noen av tilfellene tatt forbehold.

En forskjell det kan pekes på, er at forutsetningene forut for ratifikasjonen av ESP kom til uttrykk i interne dokumenter.⁷⁶ Forutsetningene som den norske stat hadde forut for ratifikasjonen av ILO-konvensjonene var som tidligere nevnt uskrevne. Spørsmålet blir da om dette kan ha noen betydning for vektleggingen av forutsetningene. Det må være forholdsvis klart at det ikke får noen betydning om forutsetningene er kommet til uttrykk i interne dokumenter eller ikke. Den eneste forskjellen dette medfører, er at de skrevne forutsetningene blir notoriske,⁷⁷ dette vil ikke ha noen betydning utover den egenverdi notoritet innebærer. Det som har betydning for om Norges forutsetninger skal vektlegges eller ikke, er om de er kommet til syne og manifestert seg i et forbehold eller tolkningserklæring overfor konvensjonsorganene.

På samme måte som ved ILO-konvensjonene velger Høyesterett å vektlegge hensynet til suverenitetsprinsippet på bekostning av de folkerettslige organenes praksis. Jeg går her ikke inn på de negative konsekvenser dette medfører, men viser til det som er sagt under gjennomgangen av ILO-konvensjonene. Også i forhold til ESP finner jeg Høyesteretts fokusering på og vektlegging av den norske stats forutsetninger forut for ratifikasjonen for å være uheldig.

I Rt. 2001 s. 1413 benytter Høyesterett uttalelsene fra Ekspertkomiteen til å underbygge sin forståelse av arbeidsmiljøloven § 55 A første ledd. Høyesterett foretar her ikke noe nærmere gjennomgang av de foreliggende uttalelsene fra Ekspertkomiteen. De gir kun uttrykk for at det er gitt en rekke uttalelser. Det oppstilles i denne dommen ikke noe krav om at praksisen må være tilstrekkelig klar. Høyesterett legger praksisen til grunn uten noen nærmere drøftelse av dens relevans eller vekt. Den holdningen Høyesterett her inntar, til praksisen fra Ekspertkomiteen, skiller seg markant fra den holdningen de inntok i Rt. 1997 s. 580. Det kan virke som om Høyesterett til dels etter egne ønsker kan oppstille kriterier som må oppfylles

⁷⁶ St.prp. nr. 100 (1961-62) side 505.

⁷⁷ Betegnelse på at noe er ettersiselig.

for at praksisen skal tillegges vekt. I de tilfellene Høyesterett anser det for hensiktsmessig velger de å tillegge praksisen den nødvendige betydning.

3.3 EF-domstolens praksis

3.3.1 Hvilken relevans og vekt har praksis fra EF-domstolen

I Rt. 2001 s. 248 kommer bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kap. XII A til anvendelse. Kapittelet omhandler arbeidstakernes rettigheter ved virksomhetsoverdragelse. Kapittelet ble tilføyd ved lov av 27. november 1992 nr. 115 som en konsekvens av gjennomføring av EFs rådsdirektiv.⁷⁸ Som en følge av EØS-avtalen plikter norske myndigheter å endre norsk rett slik at den er i overensstemmelse med direktivet. Direktivets bestemmelser har ved flere anledninger vært behandlet av EF-domstolen.⁷⁹

EØS-avtalen er gjort til norsk rett i kraft av EØS-loven.⁸⁰ Det følger av EØS-avtalen⁸¹ at bestemmelsene i direktivet skal tolkes i samsvar med de rettsavgjørelser som EF-domstolen har truffet før avtalen ble undertegnet, altså før 2. mai 1992. I og med at arbeidsmiljøloven kap. XII A er utformet med sikte på å gjennomføre direktivet i norsk rett, vil disse rettsavgjørelsene få direkte betydning for hva som er norsk rett på dette området. Som jeg kommer til nedenfor kan det vanskelig registreres noen forskjell i Høyesteretts vektlegging av EF-domstolens praksis før og etter undertegnelse av EØS-avtalen.

Som en konsekvens av det dualistiske prinsipp er det et betydelig skille mellom konvensjoner som er inkorporert og konvensjoner som ikke er det. Konvensjoner som ikke er inkorporert i norsk rett vil ikke være en del av norsk rett, og de vil derfor ikke ha den samme stillingen som konvensjoner som er en del av norsk rett. Som en konsekvens av dette må det også skilles mellom den praksisen som er utviklet gjennom en tolkning av konvensjonene. Praksis som er

⁷⁸ 77/187/EØF av 14. februar 1977.

⁷⁹ The Court of Justice of the European Communities.

⁸⁰ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. av 27. nov. 1992 nr. 109.

⁸¹ Artikkel 6.

vokst frem etter en tolkning av inkorporerte konvensjoner vil ha en større rettskildemessig vekt enn praksis som er vokst frem etter en tolkning av konvensjoner som ikke er inkorporert i norsk rett. Siden EF-domstolens praksis benyttes for å forstå EØS-avtalen, som er en del av norsk rett, vil denne praksisen komme i en annen stilling enn den praksis som er utviklet i tilknytning til konvensjoner som ikke er inkorporert i norsk rett.

3.3.2 Høyesteretts holdning til praksis fra EF-domstolen

For å klargjøre meningsinnholdet av “virksomhetsoverdragelse” i arbeidsmiljøloven § 73 A viser Høyesterett direkte til den relevante rettspraksis fra EF-domstolen. De foretar en til dels omfattende gjennomgang av i alt fem saker⁸² fra henholdsvis 1986, 1997, 1998 og 1999.

Dommen fra 1986 skal, på grunnlag av det som er sagt foran, i utgangspunktet vektlegges mer enn de fire dommene som er fattet etter EØS-avtalens undertegnelse. Jeg kan imidlertid ikke registrere at Høyesterett legger vekt på dette skillet, mellom før og etter undertegning av avtalen, i bruk av EF-domstolens praksis.

Høyesterett holder seg lojalt til, og anvender tilsynelatende kun de momentene som er kommet frem i EF-domstolens praksis. Det synes som de ikke trekker inn andre forhold eller hensyn i vurderingen. Jeg får det klare inntrykk av at Høyesterett anser seg bundet til å løse saken på bakgrunn av den foreliggende praksisen fra EF-domstolen. Høyesteretts kunne med gode grunner ha foretatt en mer formålsrettet tolkning av bestemmelsen om virksomhetsoverdragelse. Slik Høyesterett tolker bestemmelsen kommer formålet helt i bakgrunnen.

Det kan på denne bakgrunn reises kritikk mot Høyesteretts tolkning. Slik bestemmelsen om virksomhetsoverdragelse blir tolket, vil det i stor grad være opp til den nye oppdragstakeren om bestemmelsene skal få anvendelse eller ikke. Dennes disposisjoner vil i stor grad innvirke på om bestemmelsen kommer til anvendelse. I denne saken ønsket Olderdalen Ambulanse AS i utgangspunktet å overta personalet til Kåfjord Ambulanseservice

⁸² C-24/85 Speijkers (685J0024), C-13/95 Süzen (695J0013), C-173/96 Hidalgo (696J0173), C-247/96 Ziemann Sicherheit (696J0247) og C-234/98 Allen (698J0234).

AS. Den ugyldige betingelsen om unnlatt organisering satte imidlertid en stopper for dette. Dersom Olderdalen Ambulanse AS ikke hadde satt en slik ugyldig betingelse ville bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse mest sannsynlig fått anvendelse. På den annen side er det klart at dersom betingelsen ikke hadde vært stilt, ville personalet fra Kåfjord Ambulanseservice AS blitt ansatt hos Olderdalen Ambulanse AS.

Som en kontrast til den lojale holdning Høyesterett inntar til EF-domstolens praksis i Rt. 2001 s 248 kan det vises til sak E-1/02 fra EFTA-domstolen. I denne saken var spørsmålet om Norge kunne øremerke akademiske stillinger til kvinner. Den norske stat hevdet at dette var rettmessig, noe EFTA-domstolen var uenig i. Til støtte for sitt standpunkt viste EFTA-domstolen til en omfattende praksis fra EF-domstolen. Den norske stat ønsket imidlertid ikke å bøye seg for EF-domstolens praksis. EFTA-domstolen konkluderte med at Norge ikke kunne øremerke akademiske stillinger for kvinner. En slik praktisering hvor akademiske stillinger øremerkes for kvinner fører til at Norge ikke overholder sine forpliktelser i henhold til EØS-avtalen. Det er viktig å merke seg at Høyesterett ikke var inne i bildet i denne saken. Det var den norske stat som var part, og dommen retter seg derfor i første rekke mot denne. Dommen innebærer en oppfordring til den norske stat om å endre sin praktisering. Vi ser her hvordan EFTA-domstolen kan innvirke på de politiske beslutningene som fattes i Norge.

Selv om Høyesterett ikke var part i denne saken, vil EFTA-domstolens tolkning kunne fungere som et argument i fremtidige saker for Høyesterett. Om Høyesterett i fremtidige saker velger å følge det EFTA-domstolens har gitt uttrykk for, vil i praksis variere.

3.4 EFTA-domstolens uttalelser

3.4.1 Hvilken relevans og vekt har EFTA-domstolens uttalelser

Med hjemmel i domstoloven⁸³ § 51 a er norske domstoler gitt anledning til å innhente fortolkningsuttalelser fra EFTA-domstolen angående EØS-avtalen og de bestemmelser som

⁸³ Lov av 13. august 1915 nr. 5.

følger av denne. Høyesterett har etter Overvåknings- og domstolsavtalen⁸⁴ ingen plikt til å forelegge en sak for EFTA-domstolen. De norske domstoler har gjennom sin praktisering klart gitt til kjenne at de akter å benytte seg av denne friheten. Noe som også kommer til syne i Rt. 2001 s. 248.

Tolkningsuttalelser som EFTA-domstolene avgir, vil ikke være formelt bindende for de norske domstolene, de vil kun være av rådgivende karakter. Det innebærer at norske domstoler har myndighet og plikt til selvstendig å ta stilling til hvorvidt og i hvilken grad uttalelsen skal legges til grunn for deres avgjørelser. Selv om tolkningsuttalelsene kun er av rådgivende karakter, må det være forholdsvis klart at tolkningsuttalelsen i alle fall vil ha relevans som rettskildefaktor ved domstolenes behandling.

Mer problematisk blir det å fastlegge vekten av tolkningsuttalelsene. Selv om tolkningsuttalelsen kun er av rådgivende karakter tilsier tungtveiende grunner at nasjonale domstoler bør være tilbakeholdne med å fravike uttalelsene. Tolkningsuttalelsenes relative vekt vil selvfølgelig avhenge av hvilke andre rettskildefaktorer som har betydning for spørsmålet. Generelt må det kunne hevdes at uttalelsene må tillegges vesentlig vekt. I denne retning trekker EØS-avtalens homogenitetsmålsetting.⁸⁵ Denne innebærer et ønske om at statene skal foreta en mest mulig lik fortolkning av reglene i avtalen. I samme retning kan man kanskje også anføre EFTA-domstolens særlige kunnskap og autoritet i forhold til EØS-avtalens regler.

3.4.2 Høyesteretts holdning til EFTA-domstolens uttalelser

I Rt. 2001 s. 248 tolker Høyesterett som nevnt bestemmelsene i arbeidsmiljøloven på bakgrunn av praksis fra EF-domstolen. Den går rett på denne praksisen uten først å gå veien om en foreleggelse av saken til forhåndsuttalelse for EFTA-domstolen. Denne fremgangsmåten kan det muligens reises kritikk mot. Det er klart at det forelå en bred praksis

⁸⁴ Vedlegg til lov av 27. november 1992 nr. 109, Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol artikkel 34.

⁸⁵ Se fortalen til lov av 27. november 1992 nr. 109 ledd 16.

fra EF-domstolen på området. Allikevel kunne ikke avgjørelsen anses som opplagt. Sakens resultat var betinget av at Høyesterett foretok en konkret vurdering av det aktuelle tilfellet. Spørsmålet blir da om Høyesterett burde ha rettet en forespørsel om tolkningsuttalelse for EFTA-domstolen.

Som nevnt tidligere vil Høyesterett ikke være forpliktet til å rette en forespørsel for EFTA-domstolen. I praksis viser det seg at norske domstoler er tilbakeholdne med å rette forespørsler for EFTA-domstolen. Unnlatelsen av å rette forespørsler for EFTA-domstolen kan vanskeliggjøre oppfyllelse av homogenitetsmålsettingen og oppfyllelse av lojalitetsplikten. Til støtte for Høyesteretts unnlatelse av å forelegge saken til forhåndsuttalelse for EFTA-domstolen taler imidlertid tidsaspektet. Det er klart at en foreleggelse av saken for EFTA-domstolen ville medført en betydelig forsinkelse i saksgangen.

Selv om Høyesterett i denne dommen ikke retter en tolkningsforespørsel for EFTA-domstolen, velger Høyesterett som et ledd i argumentasjonen å trekke inn en tidligere avgitt tolkningsuttalelse fra EFTA-domstolen. Denne uttalelsen ble avgitt 19. desember 1996. Høyesterett anser uttalelsen for å ha relevans for den foreliggende saken, siden den bygger på den samme faktiske situasjonen, det offentlige overfører ambulansetjeneste fra en oppdragsmottaker til en annen. Uttalelsen anvender de samme momentene som EF-domstolen, hva angår spørsmålet om direktivet får anvendelse. Høyesterett gir i dommen ikke uttrykk for hvilken betydning den tidligere uttalelsen har for sakens resultat. Uttalelsen kan derfor sies å inngå som en del av den helhetlige argumentasjonen som samlet fører til Høyesteretts resultat.

På bakgrunn av det som er poengtert foran, kan kritikken mot Høyesterett for at de ikke rettet en forespørsel for EFTA-domstolen ikke opprettholdes.

3.5 Andre lands rettspraksis

3.5.1 Hvilken relevans har rettspraksis fra andre land

Det vil være av rettslig interesse for norske domstoler å se på hvorledes domstoler i andre land tolker og anvender likelydende lovbestemmelser, eller lovbestemmelser som bygger på den samme bakgrunnsretten. De andre landenes tolkning og forståelse av bestemmelsene vil på denne måten fungerer som momenter i løsningen av den interne rettstvisten. Innenfor EU og EFTA vil det for de enkelte landene være av stor interesse å se på anvendelsen av de andre landenes forståelse og tolkning av de likelydende reglene. Også for EU-domstolen og EFTA-domstolen vil det være av interesse å se på de forskjellige landenes forståelse og tolkning av regelverket.

For EU-domstolen vil det være av særlig interesse å se på den forståelsen og tolkningen som de større og innflytelsesrike land⁸⁶ innenfor EU har lagt til grunn. Når det gjelder de enkelte lands anvendelse av andre lands forståelse og rettsutvikling, vil det ofte være naturlig at man anvender og viser til rettsutviklingen i de landene som står en nært, og som har en forfatning og et lovsystem som er likt ens eget. For Norges del vil det derfor være av særlig interesse å se på hvorledes de andre nordiske land har forstått og tolket bestemmelsene. Sett bort i fra begrunnelsen om lik forfatning og likt lovsystem, kan grunnen til at norske domstoler ofte viser til tilfeller fra nordiske land og ikke andre land, forklares tradisjonelt. Innenfor det norske rettssystemet er det en langvarig tradisjon for at domstolene trekker inn nordisk rettspraksis. Om denne tradisjonen bør opprettholdes er usikkert. Det kan muligens ha like gode grunner for seg å trekke inn andre lands praksis enn de nordiske. Ikke minst fordi de enkelte landenes regelverk til tider bygger på den samme bakgrunnsretten, dette vil særlig gjelde innenfor EU og EØS.

Som en naturlig konsekvens av å anvende andre lands forståelse og tolkning av bestemmelsene, kan det oppstå et problem i form av å få oversikt over hvilken forståelse det enkelte land har utviklet. Dette er imidlertid kun et teknisk problem, og det vil være mulig å finne gode løsninger på det dersom de enkelte land innser verdien av dette. Det kunne

⁸⁶ For eksempel England, Frankrike og Tyskland.

muligens ha vært opprettet et sentralt register hvor de enkelte landenes og domstolenes forståelse og tolkning av de aktuelle bestemmelsene var samlet.

En annen konsekvens av at det enkelte land anvender andre lands tolkning og forståelse, vil være at dette andre landet dermed vil være med på å bestemme hvorledes de interne bestemmelsene skal forstås. Når det gjelder de norske domstolenes anvendelse av andre lands forståelse og tolkning, blir det derfor et spørsmål om den norske stat ønsker at andre land skal være med på å bestemme hvorledes norsk rett skal forstås. I utgangspunktet er det klart at Norge ikke ønsker at andre stater skal bestemme hvorledes vår interne rett skal forstås. På den annen side vil det som nevnt være av stor interesse å undersøke hvorledes andre land har tolket og anvendt likelydende bestemmelser.

De norske domstolene innser i mange tilfeller fordelene ved å tolke de interne bestemmelsene likelydene som andre land. Som et eksempel kan det vises til reglene om virksomhetsoverdragelse. Disse bestemmelsene er som tidligere nevnt kommet inn i norsk rett som en konsekvens av EØS-avtalen. Forståelsen av disse bestemmelsene var sentral i Rt. 2001 s. 248. Dersom det ses på bestemmelsene om virksomhetsoverdragelse, vil det være åpenbart at Norge vil høste fordeler av å tolke bestemmelsene på samme måte som de andre landene gjør. Ved en eventuell virksomhetsoverdragelse vil det ha betydning for hvem som er potensielle kjøpskandidater. Kjøpskandidater fra andre land vil ha større interesse av å gå inn på det norske marked der det i intern norsk rett er likelydende bestemmelser som ellers i Europa. Selskapenes omsettelighet vil på denne måten øke.

I dommen fra Rt. 2001 s. 248 gjaldt overdragelsen drift av en ambulansetjeneste. Ambulansetjenesten holdt til nord i landet og hadde bare tre ansatte. I dette spesielle tilfellet vil verdien av å likelydende bestemmelser som andre land være minimal. Selv om behovet for likelydende bestemmelser ikke er til stede i det spesifikke tilfellet som foreligger til avgjørelse for domstolene, er det viktig at de tenker på fremtidige situasjoner og dermed tolker bestemmelsene i overensstemmelse med den forståelsen som foreligger ellers i Europa.

Det kan reises spørsmål om norske domstoler, til støtte for tolkningen av interne bestemmelser, velger å trekke inn tolkningsforståelser som er lagt til grunn i andre land, der disse tolkningsforståelsene bygger på konvensjoner med likelydende bestemmelser, men som Norge ikke har ratifisert. Det er klart at slike tolkningsforståelser kan være nyttige dersom de kan anvendes som argumenter for løsningen av den interne saken. I Rt. 2002 s. 404⁸⁷ trekker Høyesteretts kjæremålsutvalg frem som et moment for løsningen i saken at deres tolkning er i samsvar med EF-domstolens dom i en tidligere sak. Denne saken gjaldt en tilsvarende bestemmelse i artikkel 5 nr. 1 i Brusselkonvensjonen. Denne konvensjonen er imidlertid ikke ratifisert av Norge, allikevel anvender Høyesteretts kjæremålsutvalg dommen som et argument i sin sak.

3.5.2 Høyesteretts holdning til rettspraksis fra den svenske Arbetsdomstolen

I Rt. 2001 s. 248 viser Høyesterett også til en avgjørelse fra den svenske Arbetsdomstolen.⁸⁸ Denne avgjørelsen omhandler overdragelse av ansvar for å drive busstrafikk, og har klare likhetstrekk med fakta i Rt. 2001 s. 248. Sverige har på samme måte som Norge tilpasset sin lovgivning slik at den oppfyller de krav som stilles i det nevnte EF-direktivet. Dette har medført endringer i Sveriges Lag om anställningsskydd.⁸⁹ Siden bestemmelsene i den svenske loven bygger på det samme direktivet fra EF, vil det være av interesse for norske rettsanvendere å se på den svenske Arbetsdomstols anvendelse og tolkning av bestemmelsene.

Spørsmålet blir hvilken vekt Høyesterett har tillagt denne dommen. I denne sammenheng må det merkes at Høyesterett viser til dommen etter at den har konkludert med at det ikke har skjedd noe virksomhetsoverdragelse, som kan gis vern etter direktivet. Den svenske dommen er altså ikke avgjørende for sakens resultat, uttalelsen må derfor anses som et obiter dictum. På den bakgrunn kan det hevdes at Høyesterett ikke vektlegger dommen noen betydning for resultatet. På den annen side er det klart at Høyesterett ikke trekker inn den svenske dommen

⁸⁷ Saken gjaldt spørsmål om verneting i medhold av Luganokonvensjonen (lov av 8. januar 1993 nr. 21) artikkel 5 nr. 1.

⁸⁸ Dom nr. 163/95.

⁸⁹ Regeringens proposition 1994/95: 102, Anställningsskyddslagen § 6b.

uten at den tillegges en viss vekt. Den svenske avgjørelsen fungerer som et argument for Høyesteretts resultat.

Den svenske dommen ble avsagt 20. desember 1995. Den 28. juli samme år ble det avsagt en dom i engelsk rett,⁹⁰ denne tar stilling til det samme direktivet fra EF. Den svenske Arbetsdomstol tolker og anvender EF-direktiv forskjellig fra det som ble foretatt i den engelske dommen. I den svenske dommen konkluderer Arbetsdomstolen med at det ikke har skjedd noe virksomhetsoverdragelse. I den engelske avgjørelsen ble resultatet det motsatte. Den engelske avgjørelsen omhandlet utførsel av helikoptertjenester til og fra oljerigger i Nordsjøen. Selv om verken arbeidskraft, administrasjon eller andre aktiva ble overtatt, konkluderer retten med at det hadde skjedd en virksomhetsoverdragelse. Den engelske retten legger avgjørende vekt på at tjenestene skulle utføres for det samme selskap, at destinasjonene og reiserutene var de samme, det transporterte gods og personell var det samme, og likedan transportmetoden ved bruk av helikoptre. Det blir ikke tillagt avgjørende betydning at det overtakende selskap benyttet en annen type helikopter og andre piloter. At helikopterbasen var en annen og at aktiva ikke ble overtatt, ble heller ikke ansett som avgjørende for sakens resultat.

Uansett om dommerne i den svenske Arbetsdomstolen kjente til den engelske avgjørelsen eller ikke, er det klart at den svenske og den engelske tolkningen av EF-direktivet ikke er forenlige. De vektlegger ulike momenter i avgjørelsen av om det foreligger en virksomhetsoverdragelse.

I Rt. 2001 s. 248 velger Høyesterett kun å trekke frem den svenske dommen som argument for sitt resultat. Dette valget kan virke noe tilfeldig, idet verken den engelske eller eventuelt andre lands avgjørelser er nevnt. Dette skyldes formodentlig at de ikke har kunnskap om den engelske avgjørelsen eller andre lands avgjørelser som eventuelt finnes.

⁹⁰ High Court (1996) IRLR 45.

4 Avslutning

4.1 Oppsummering av Høyesteretts holdning

Jeg har til nå sett på og kommentert Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene i Rt. 1997 s. 580, Rt. 2001 s. 248 og Rt. 2001 s. 1413. I Rt. 1997 s. 580 er Høyesterett generelt lite tilbøyelig til å tillegge de internasjonale konvensjonene relevans og vekt. De inntar etter min mening en lite heldig holdning til de internasjonale konvensjonene som rettskildefaktor. Dette dreier seg først og fremst om den etterfølgende praksisen som er utviklet av de sentrale konvensjons organ innenfor ILO⁹¹ og Den europeiske sosialpakten.⁹²

Dersom Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene i Rt. 1997 s. 580 sammenlignes med den holdningen de inntar i Rt. 2001 s. 248 og Rt. 2001 s. 1413, ser vi en markant forskjell. I de to sistnevnte dommene anvender Høyesterett de internasjonale konvensjonene i mye videre utstrekning enn i den første dommen. Dette gjelder først og fremst den praksisen som er utviklet av EF-domstolen. Denne praksisen følger Høyesterett tilsynelatende slavisk. Dette medfører at det ikke gis rom for å trekke inn andre momenter i tolkningen. Formålsbetraktninger synes for eksempel ikke å bli tillagt vekt, selv om de ville hatt svært gode grunner for seg i disse to dommene.

Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene i de tre dommene er av varierende karakter. De må kunne sies å representere ytterpunktene på en tenkt akse, som gir uttrykk for i hvilken grad Høyesterett er tilbøyelige til å anvende konvensjonene. Desto lenger til venstre vi beveger oss på aksene, desto mindre tilbøyelige er Høyesterett til å anvende konvensjonene. Jo lenger til høyre vi beveger oss på aksene, jo mer tilbøyelige er Høyesterett til å de. På dette grunnlag må dommen fra Rt. 1997 s. 580 sies og representerer et ytterpunkt helt til venstre på aksene, mens de to dommene fra 2001 representerer ytterpunktet helt til høyre på aksene.

På den annen side er det klart at en variasjon i Høyesteretts holdning kan skyldes at de i ettertid innser at en avsagt avgjørelse er uheldig eller i verste fall uriktig. Høyesterett vil da

⁹¹ ILOs styre, Komiteen for organisasjonsfrihet og Ekspertkomiteen.

⁹² Ministerkomiteen, Komiteen for uavhengige organer.

være berettiget til å ta avstand fra og forlate den vektleggingen og det resultatet de valgte i den tidligere avgjørelsen. Høyesterett vil være berettiget til å endre egne standpunkt, selv om de er radikale i forhold til det som tidligere er avsagt. Det kan her vises til en sak⁹³ der Høyesterett tar avstand fra en tidligere avsagt avgjørelse.⁹⁴ Førstvoterende gir her uttrykk for at uttalelsene i den tidligere avgjørelsen ”bør modereres”.

I Rt. 1997 s. 580 legger Høyesterett til grunn at det ikke foreligger motstrid mellom Norges folkerettslige forpliktelser og norsk intern rett. Til tross for dette velger Høyesterett i et obiter dictum å kommentere situasjonen dersom det hadde foreligget motstrid. Høyesterett gir her uttrykk for at selv om streikeforbudet ”skulle ha vært i strid med folkerettslige bestemmelser om vern av retten til streik, ville det følge av norsk rett at den provisoriske anordning om tvungen lønnsnemnd var gyldig”. Denne uttalelsen bygger på det resolusjonsforedraget regjeringen utferdiget i forbindelse med den provisoriske anordningen. Regjeringen ga der uttrykk for at den provisoriske anordningen måtte vedtas, selv om inngrepet ikke ville være i tråd med de internasjonale konvensjonene Norge er bundet av. Regjeringen utferdiget en provisorisk anordning av lovs karakter, i full klarhet over at det fra folkerettslige organer kunne bli fremholdt at den ikke var i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.⁹⁵

Uttalelsene Høyesterett her kommer med har nær sammenheng med spørsmålet om hvor langt domstolenes prøvelsesrett går. Domstolene vil i kraft av prøvelsesretten være berettiget til å prøve om den interne retten er i overensstemmelse med de folkerettslige forpliktelsene. I teorien blir det hevdet at Høyesterett vil være forsiktige med å sette sin vurdering over lovgivers.⁹⁶ Dette blir særlig hevdet der lovgiver, slik tilfellet er i denne dommen, bevisst har vurdert forholdet mellom norsk lovgivning og de folkerettslige forpliktelsene. Det kan imidlertid reises spørsmål om domstolene i praksis alltid er så forsiktige med å sette sin vurdering over lovgivers, som teorien gir uttrykk for. I de tilfeller hvor Høyesterett velger å

⁹³ Rt. 2002 s. 145.

⁹⁴ Rt. 1995 s. 904.

⁹⁵ Se i samme retning ARD 1980 s. 118.

⁹⁶ Se Andenæs, Statsforfatning s. 291.

sette norsk lovgivning til side, må det kunne hevdes at dette er et resultat av Høyesteretts vurderinger, og ikke et resultat av manglende forsiktighet.

4.1.1 Konsekvenser av Høyesteretts holdning

En slik varierende holdning til de internasjonale konvensjonene, og da særlig til menneskerettighetene, som Høyesterett i disse dommene inntar, vil ut i fra flere hensyn oppfattes som svært uheldig. For det første vil Høyesteretts vekslende holdning til de internasjonale konvensjonene medføre en usikker situasjon for subjektene som er gitt rettigheter i kraft av disse. Den manglende konsekvens i Høyesteretts syn på de internasjonale konvensjonene vil medføre at subjektene rettighetssituasjon til tider blir tilfeldig. Selv om subjektene rettigheter er eksplisitt beskyttet i konvensjonstekstene, er ikke det ensbetydende med at Høyesterett gir subjektene det samme rettighetsvernet. Dette medfører en manglende konsekvens og automatikk mellom de menneskerettighetene som fremgår av den ratifiserte konvensjonsteksten og de menneskerettighetene som beskyttes av Høyesterett. Rettighetssubjektenes forutsigbarhet svekkes på denne måten betraktelig.

Som tidligere nevnt er menneskerettighetskonvensjoner underlagt en dynamisk tolkning. En slik dynamisk tolkning vil kunne tenkes å komme i konflikt med rettssubjektenes forutberegnelighet. Den dynamiske tolkningen fører til at subjektene rettigheter ikke i alle tilfeller kan leses ut av den eksplisitte konvensjonsteksten. En slik svekkelse i forutberegneligheten må imidlertid påregnes.

Videre vil en slik tvetydig holdning som Høyesterett i dommene gir uttrykk for, gi like tvetydige signaler til statens myndigheter som anvender de internasjonale konvensjonene (rettsanvendere). Med rettsanvendere menes her domstolene, og da spesielt de underliggende domstolene og andre domstoler sånn som Arbeidsretten, Stortinget, forvaltningsorganer og andre organer som har befatning med de internasjonale konvensjonene. Deres holdning vil i stor grad påvirkes og bestemmes ut i fra Høyesteretts holdning. Der denne er tvetydig vil det medføre problemer for statens myndigheter i deres anvendelse og tolkning av de internasjonale konvensjonene.

4.2 Hvordan bør Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene være?

En slik holdning der Høyesterett, til dels ut i fra sitt eget forgodtbefinnende, i enkelte tilfeller velger å forholde seg strengt til de internasjonale konvensjonene, mens de i andre tilfeller mer eller mindre tolker seg bort fra de internasjonale konvensjonene, vil som konsekvensene over gir uttrykk for være lite ønskelig. Ideelt sett bør Høyesterett i fremtidige saker forholde seg til de internasjonale konvensjonene på en konsekvent og entydig måte. Spørsmålet som må besvares er hvilken retning Høyesterett bør velge. Bør de i fremtiden forholde seg til de internasjonale konvensjonene slik de gjorde i Rt. 1997 s. 580, eller slik de gjorde i de to dommene fra 2001. Det kan også tenkes at den ideelle tilnærmingen til de internasjonale konvensjonene ikke er representert ved noen av de nevnte dommene. For å kunne avgjøre hvorledes Høyesterett skal forholde seg til de internasjonale konvensjonene i fremtidige saker, må det pekes på flere forhold.

4.2.1 Den norske stats plikt til å overholde de internasjonale konvensjonene

Det vil være av betydning for hvorledes Høyesterett bør forholde seg til de internasjonale konvensjonene, om den norske stat er forpliktet til å overholde de folkerettslige bestemmelsene som fremgår av de ratifiserte konvensjonene. Det er klart at der Norge velger å ratifisere en konvensjon, medfører det en folkerettlig forpliktelse til å sikre at konvensjonens rettigheter overholdes. Som en konsekvens av dette blir Norge forpliktet til å sikre at nasjonal lovgivning er i samsvar med konvensjonene. Norsk rett blir med andre ord tilpasset konvensjonene. Dette medfører at det kan være nødvendig å oppheve motstridende lovbestemmelser, endre andre lover eller ta forbehold mot enkelte konvensjonsbestemmelser (hvis konvensjonen gir adgang til det), uavhengig av om konvensjonen gjøres til norsk lov eller ikke.

En ratifikasjon av internasjonale konvensjoner medfører videre at Norge forplikter seg til å sikre at egne rettsavgjørelser ikke innebærer en krenkelse av konvensjonenes rettigheter. Dersom det avsies rettsavgjørelser i strid med de folkerettslige forpliktelsene, vil det med andre ord medføre et folkerettsbrudd fra norsk side.

Norges plikt til å overholde de internasjonale konvensjonene trekker klart i retning av at Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene i Rt. 1997 s. 580, er i strid med denne plikten. De to dommene fra 2001 oppfyller klart plikten til å overholde de folkerettslige bestemmelsene.

4.2.2 Den norske stats ønske om å overholde de internasjonale konvensjonene

Som nevnt er den norske stat som en følge av ratifikasjonen forpliktet til å sikre at konvensjonens rettigheter overholdes. Uavhengig av denne plikten har den norske stat et selvstendig ønske om å overholde de internasjonale konvensjonene og da spesielt menneskerettighetene. Selv om et eventuelt folkerettsbrudd i liten grad er underkastet internasjonal tvangsmakt,⁹⁷ vil de fleste stater ha et selvstendig ønske om å overholde de folkerettslige forpliktelsene.

Overholdelse og beskyttelse av menneskerettighetene anses fra den norske stats side som en viktig oppgave, og den tas seriøst. Både nasjonalt og internasjonalt ønsker Norge å bli oppfattet som et foregangsland i beskyttelsen av menneskerettighetene. Dette ønsket om å beskytte og verne menneskerettighetene har opp igjennom tidene klart kommet til uttrykk gjennom myndighetenes arbeid.

Den norske stats klare ønske om å overholde, verne og beskytte de rettigheter som fremgår av de internasjonale konvensjonene og da særlig menneskerettighetene, blir ikke tilgodesett i Rt. 1997 s. 580. I denne dommen er jeg mer tilbøyelig til å anse Høyesterett for å ha et ønske om å ikke overholde de internasjonale konvensjonene, enn et ønske om å verne de internasjonale konvensjonsbestemmelsene. I dommene fra 2001 kommer det derimot klart til syne at Høyesterett har et sterkt ønske om å overholde de folkerettslige bestemmelsene.

⁹⁷ Folkerettssamfunnet kan utøve mottiltak, som for eksempel handels boikott. Folkeretts organene kan videre pålegge og oppfordre staten til å endre sin praktisering av bestemmelsene, slik at den ikke kommer i konflikt med folkeretten.

Som nevnt ønsker norske myndigheter at de i det internasjonale samfunn skal bli oppfattet som et foregangsland i beskyttelse av menneskerettighetene. Med dette tenkes både på det arbeid norske myndigheter legger ned i beskyttelse av menneskerettighetene internt her i landet, men også på den anerkjennelse de tillegger andre stater, organisasjoner eller enkelt personer som jobber for beskyttelse av menneskerettighetene utenfor Norges grenser. Norske myndigheters anerkjennelse av menneskerettsforkjempere har nå nylig kommet til uttrykk. Den 10. oktober i år ble Nobels fredspris gitt til den iranske menneskerettighetsforkjemperen Shirin Ebadi. Hun har vært en ledende aktivist for menneskerettigheter og demokrati i Iran. I en årrekke har hun arbeidet spesielt for kvinner og barns rettigheter. I og med årets utdeling har den norske stat ved Nobelkomiteen nok en gang rettet fokus på viktigheten av og ønsket om å beskytte menneskerettighetene.

4.2.3 Høyesteretts ideelle holdning til de internasjonale konvensjonene

På bakgrunn av den norske stats plikt til å overholde og ønske om å overholde de internasjonale konvensjonene, og da spesielt menneskerettighetene, vil Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene i Rt.1997 s. 580 vanskelig oppfylle verken plikten eller ønsket. Derimot vil de to dommene fra 2001 i tilstrekkelig grad oppfylle plikten og ønsket. Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene i de to dommene fra 2001, vil på denne bakgrunn muligens kunne representere en ønskelig holdning.

Det kan imidlertid reises spørsmål om Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene i de to dommene fra 2001 kan betegnes for å være for konsekvent og ensidig. I disse dommene holder Høyesterett seg strengt til de folkerettslige forpliktelsene. De har kun øyne for praksisen utarbeidet av EF-domstolen. De er lite tilbøyelige til å trekke inn andre hensyn i avgjørelsen. Som tidligere nevnt blir tilsynelatende bestemmelsens formål tilsidesatt. En slik tilsidesettelse av formålet vil lett kunne komme i konflikt med det konvensjonenes internasjonale håndhevingsorganer har gitt uttrykk for. Kontrollorganene har ofte pekt på at menneskerettighetskonvensjonene er og skal være levende og dynamiske instrumenter. Dette medfører at bestemmelsene kan endre innhold ettersom samfunnsforholdene endrer seg. De internasjonale håndhevingsorganene legger derfor stor vekt på bestemmelsenens formål ved tolkning av menneskerettighetskonvensjonene.

Det kan ut i fra dette synes som Høyesteretts holdning til de internasjonale konvensjonene i de to dommene fra 2001 ikke representerer den ideelle holdning som Høyesterett i fremtiden bør innta til de internasjonale konvensjonene. Dersom Høyesterett hadde tatt mer hensyn til andre sentrale hensyn i avveiningen, ville vi muligens stått ovenfor en ideell holdning til de internasjonale konvensjonene.

5 Litteraturliste

Litteratur

Andenæs, Johs. Statsforfatningen i Norge. 8. utgave. Oslo, 1998. s 177, 288 – 300.

Boe, Erik. Innføring i juss: Juridisk tenkning og rettskildelære. Oslo, 1996. s. 154.

Fleischer, Carl August. Folkerett. 7. utgave. Oslo, 2000. s. 330.

FN-sambandet, ILO oppbygging.

Tilgang: <http://www.fn-sambandet.no/article/articleview/241/1/118/>.

Jakhelln, Henning. Menneskerettighetene, Grunnloven § 110 c og arbeidsretten.

I ”Arbeidsrettslige og rettslige studier I-IVV” Universitetsforlaget 2000 s. 1720-1742.

Jakhelln, Henning. Menneskerettigheter – nei takk? I Lov og Rett 1997 s. 577-580.

Jakhelln, Henning. Om virkningen av rettsstridige vilkår i tilbud: særlig om tilbud om ansettelse med vilkår om ”yellow dog” – klausul. I Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag. 2003 s. 713- 730.

Jakhelln, Henning. Oversikt over arbeidsretten. 2. utgave. 1996 s. 49-55, 377-382, 431-434.

Ruud, Morten. Innføring i Folkerett. Morten Ruud, Geir Ulfstein. 2. utgave. Oslo, 2002 s. 44.

Uggerud, Ken. Internasjonale menneskerettigheter og Høyesteretts dom i Rt. 1997 s. 580 – særlig om bruk av ILO-konvensjoner og Sosialpakten. I Lov og Rett 1997 s. 581- 618.

Uggerud, Ken. Menneskerettigheter og arbeidstvistlov.

Tilgang: <http://www.uff.no/kampen/menneske-rapport/index.html>.

Vislie, Camilla S. Høyesterett og menneskerettighetene: Grunnlovens § 110 c og menneskerettsloven. Oslo, 1999. s. 18-24, 55-59.

Lovforarbeider

NOU 1993:18 Lovgivning om menneskerettigheter.

NOU 1996:6 Arbeidstakeres stilling i konsernforhold m.v. kap. 4.

NOU 1996:14 Prinsipper for ny arbeidstvistlov, kap. 3.7, kap. 5.7.

Innst.O. nr. 51 (1998-99) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp. nr. 3 (1998-99) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

St.meld. nr. 21 (1999-2000) Menneskeverd i sentrum.

Ot.prp. nr. 45 (2002-03) Om lov om endring i menneskerettsloven mv.

Domsregister

Rt. 1976 s. 1

ARD 1980 s. 118

Rt. 1980 s. 598

Rt. 1986 s.1250 Diakonhjemmets Sosialhøgskole

Eur. Court H. R. Sigurdur A. Sigurjonsson v. Iceland judgment of 30 June 1993, Series A no. 264

Rt. 1994 s. 610 Bølgepappdommen

Svenske Arbetsdomstol Dom nr. 163/95

High Court (1996) IRLR 45

Rt. 1997 s. 580 OFS-dommen

Rt. 2001 s. 248 Olderdalen ambulanse

Rt. 2001 s. 1413 Minerydderdommen

Rt. 2002 s. 404

Rt. 2002 s. 966 Bøhlerdommen